



CARLOS MAGNO DE SOUZA

INEFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do Curso de Bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Professor Carlos Bastide Horbach.

Brasília, DF
2009



CARLOS MAGNO DE SOUZA

INEFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para obtenção da
aprovação na Disciplina de Monografia III,
Curso de Bacharelado em Direito, UniCEUB –
Centro Universitário de Brasília.

Banca Examinadora

Orientador: Professor Carlos Bastide Horbach
Orientador

Examinador: Professor Examinador

Examinador: Professor
Examinador

DEDICATÓRIA

Ao Deus Eterno, Todo-Poderoso. Porque Nele, e por Ele, e para Ele, são todas as coisas.

Aos meus pais e irmãos, pela fé, amor e esperança.

À minha esposa, Luciana, e aos meus filhos, Larissa e Alexandre: por vocês.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Doutor Luiz Eduardo de Lacerda Abreu, uma mente brilhante, cujas lições não serão esquecidas.

Ao honorável Mestre, Professor Luiz Patury Accioly Neto, pessoa de extraordinário valor e refinada inteligência, cujas muitas virtudes vale imitar.

Ao professor Doutor Carlos Bastide Horbach quem, muito mais que orientador, se mostrou ao longo da jornada o mestre, o jurista e o pesquisador que todo acadêmico de Direito quer “ser quando crescer”.

RESUMO

Dos princípios constitucionais que orientam a atuação da Administração Pública Brasileira, o Princípio da Moralidade Administrativa é ainda o menos explorado, em grande parte devido à dificuldade de se estabelecer o seu conteúdo ontológico. Dessarte, o objetivo desta monografia foi coligir o que se tem na doutrina, na legislação e na jurisprudência acerca da matéria para verificar se o atual estágio de compreensão do tema permitiria classificá-lo como eficaz, isto é, afirmar que o referido princípio jurídico produz concretamente os efeitos que dele se poderiam esperar.

Palavras Chave: Direito Constitucional e Administrativo. Normas. Princípios. Regras. Moralidade administrativa. Eficácia e ineficácia de princípios jurídicos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	9
1.1 Sociedade, Estado e Administração Pública.....	9
1.2 Administração Pública e Governo.	13
1.3 Administração Pública e Função Administrativa.	14
1.4 Administração Pública e os Princípios de Direito.	16
2. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.	19
2.1 Normas, princípios e regras.	19
2.1.1 O conceito de norma jurídica no pensamento de Norberto Bobbio.	19
2.1.2 Norma jurídica, regra e princípio no pensamento de José de Oliveira Ascensão.	22
2.1.3 A tripartição normativa proposta por Humberto Ávila.....	31
2.1.4 Conceito utilizado no âmbito deste trabalho.	38
2.2 Moralidade administrativa como princípio jurídico	39
2.2.1 Raízes históricas.	39
2.2.2 Conteúdo ontológico.....	44
2.3 O princípio da moralidade administrativa no direito positivo brasileiro.	57
2.3.1 Moralidade administrativa na Constituição Federal.....	57
2.3.2 Moralidade administrativa na legislação ordinária.....	61
3. DA INEFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	65
3.1 Existência e validade das normas jurídicas.....	65
3.1.1 Do problema da existência da norma à existência do princípio da moralidade administrativa.	67
3.1.2 O problema da validade da norma e a “validade” do princípio da moralidade administrativa.	70
3.2 Eficácia e ineficácia das normas jurídicas.	73
3.3 Princípio da Moralidade Administrativa na Administração Pública Brasileira: a visão dos Tribunais Superiores.	77
3.3.1 Moralidade administrativa na visão do Supremo Tribunal Federal.	77
3.3.2 Moralidade administrativa na visão do Superior Tribunal de Justiça.	81
CONCLUSÃO.....	87
REFERÊNCIAS	89

INTRODUÇÃO

O artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil impõe à Administração Pública da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal o dever de observar, em seus atos, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Destes, o princípio da moralidade administrativa é o mais desafiador. É, ao mesmo tempo, o mais invocado e o menos compreendido. De tempos em tempos, ganha destaque nos meios de comunicação de massa e se torna tema nas conversas informais. Diz-se, amiúde, que tal conduta é imoral, ou que algum governante feriu a moral coletiva.

Mas, afinal, em que consiste esse princípio e quais são os efeitos esperados de sua incidência sobre os fatos da vida? Pode ser tido como princípio eficaz? E, se não, quais serão as raízes de sua ineficácia?

O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar a matéria, até em função de sua natural complexidade. O que se buscou foi coligar o que se tem na doutrina, na legislação e na jurisprudência acerca da moralidade administrativa, sua incidência e seus efeitos.

Assim, o primeiro capítulo aborda o conceito de Administração Pública, suas relações com os conceitos de Estado e Governo e sua sujeição a princípios jurídicos.

O segundo capítulo cuida especificamente do princípio da moralidade administrativa, abordando a distinção entre normas, princípios e regras, a visão doutrinária sobre o tema e como o legislador brasileiro o fez inserir no ordenamento jurídico pátrio.

No terceiro capítulo discorre-se sobre os conceitos doutrinários de eficácia/ineficácia normativa, e o tratamento do princípio da moralidade administrativa nas Cortes Superiores Nacionais (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

Como dantes registrado, não se tem a pretensão de esgotar a matéria, mas espera-se que este trabalho possa servir de estímulo a uma pesquisa mais aprofundada sobre o fascinante fenômeno da moralidade administrativa.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1.1 Sociedade, Estado e Administração Pública.

A compreensão do fenômeno moralidade administrativa requer breve incursão sobre os conceitos Sociedade, Estado, Governo e Administração Pública, pressupostos ontológicos do objeto ora examinado.

Inicialmente, acompanhando a tese dos contratualistas, considera-se que, para superar suas inerentes limitações, o homem se organizou em grupos, formando, num primeiro momento, as chamadas sociedades naturais, marcadas essencialmente pelo auto-arbítrio e o predomínio das leis naturais. Porém, a ocorrência espontânea de conflitos evidenciou a necessidade de um gerenciamento supra-individual das tensões, tanto mais necessário quanto maiores os agrupamentos e mais diversificadas as demandas sociais, necessidade esta respondida com a instituição do Estado, entidade concebida para assegurar a manutenção da ordem, exercendo, também, a prestação jurisdicional, de modo a pacificar as relações sociais. Nesse estágio, a sociedade evoluiu para Sociedade Civil, como demonstra Bobbio¹, com fundamento em Rousseau, Kant, Hegel, Marx e outros.

Dalmo Dallari², desenvolvendo argumento semelhante, registra que a vida em sociedade traz, por um lado, evidentes benefícios ao homem, mas, por outro, pressupõe uma série de limitações que comprometem efetivamente a liberdade humana. Apesar disso, o homem continua vivendo em sociedade. Esse aparente paradoxo³ levou, segundo defende, ao

¹ BOBBIO, Norberto; Mattucci, Nicola e Pasquino, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 10 ed. Brasília: UnB, 1977. Vol 2, p. 1206-1211. Verbete “Sociedade Civil”.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p.7-15.

³ A tese de Dallari aparentemente se assenta no pensamento de Rousseau, que no capítulo inaugural “Do Contrato Social” (1762) já apontava para a existência deste paradoxo: “O homem nasceu livre e, no entanto,

questionamento das razões da vida social, de onde brotaram duas posições: uma defendendo a idéia de sociedade natural, decorrente da natureza humana que exerceria uma coação irresistível sobre os indivíduos (correspondente à sociedade natural de que trata Bobbio) e outra, de raízes contratualistas, pugnando que a sociedade seria, tão-somente, a consequência de uma opção (conceito mais próximo ao de sociedade civil, de Bobbio). Após discorrer sobre o pensamento dos defensores de uma e outra corrente, conclui o autor por adotar uma posição eclética afirmando que:

... predomina, atualmente, a aceitação de que a sociedade é resultante de uma necessidade natural do homem, sem excluir a participação da consciência e da vontade humanas. É inegável, entretanto, que o contratualismo exerceu e continua exercendo grande influência prática, devendo-se mesmo reconhecer sua presença marcante na idéia contemporânea de democracia.⁴

Assim – e lançando âncoras nos pensamentos de Bobbio e Dalmo Dallari – pode-se afirmar que a sociedade é o agrupamento de pessoas, reunido num determinado lugar, movido por uma finalidade ou valor social, onde se observam manifestações de conjunto ordenadas e sujeitas a um poder social⁵.

Esse poder social, segundo Bobbio⁶, contrapõe-se ao poder do Estado criando relações entre indivíduos, entre grupos e entre classes sociais que se desenvolvem a margem das relações de poder formal, típicas do poder estatal. Invocando, pois, a distinção weberiana entre poder formal e poder legítimo, Bobbio propõe que a sociedade seria o espaço das relações do poder de fato, enquanto o Estado, o espaço das relações do poder legítimo. Desse modo, seria impossível dissociar Sociedade de Estado, pois uma e outra instituição têm

em toda parte, está sob ferros. Embora se creia senhor dos outros, não deixa de ser mais escravo do que eles”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p.15.

⁵ Dalmo Dallari destaca que estes elementos são encontrados em todas as sociedades, por mais diversas que sejam as suas características (*op.cit*, p.16-17).

⁶ BOBBIO, Norberto; Mattucci, Nicola e Pasquino, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 10 ed. Brasília: UnB, 1977. Vol 2, p. 1206-1211. Verbetes “Sociedade Civil”.

um contínuo relacionamento entre si. Ainda segundo o autor, a sociedade é o terreno dos conflitos (econômicos, ideológicos, sociais, religiosos...) e berço das demandas sociais. O Estado, a instituição que tem como missão intervir para resolver ou suprimir tais conflitos e responder a tais demandas.

É preciso considerar também – e é o que se fará no presente esforço - que o conceito de Direito guarda relação direta com o conceito de Estado e este, por sua vez, não pode ser dissociado da idéia de Sociedade.

Embora os conceitos de Estado possam variar em função da ótica das várias ciências, alguns elementos fundamentais são preservados, permitindo, com fundamento no que foi até aqui apresentado, enunciar um conceito geral: Estado é a instituição resultante da sociedade politicamente organizada, reunindo um povo que partilha de uma finalidade e de valores sociais comuns, ocupando um território delimitado, sujeito a um governo.

O povo, aqui, é o elemento humano, o conjunto das pessoas que dão corpo ao Estado e que representa a sociedade ou, no dizer de Weber⁷, a fonte do poder de fato. O território é seu elemento espacial, o espaço geográfico em que o Estado exercerá sua soberania, enquanto que Governo refere-se ao elemento político, condutor das decisões soberanas do Estado, confundindo-se com a Autoridade.

Num enfoque contratualista, o Estado é instituição criada para atingir, basicamente, dois objetivos: primeiro, assegurar o respeito aos direitos e garantias individuais (ou, segundo Bobbio, resolver/suprimir os conflitos) e, depois, prestar à população os serviços públicos essenciais à vida em comunidade (as demandas de que fala Bobbio). Para cumprir

⁷ WEBER, Max. Ordem Jurídica, ordem econômica, direito estatal e extra-estatal. In SOUTO, Cláudio e Falcão, Joaquim (org.). **Sociologia & Direito: textos básicos para a disciplina Sociologia Jurídica**. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2001.

sua primeira função (garantidor dos direitos individuais), teve o Estado que reunir poderes, ou seja, prerrogativas capazes de impor coercitivamente a sua vontade. Esses poderes, conferidos pela sociedade, foram entregues aos indivíduos que representam o Governo: as chamadas Autoridades Públicas. Todavia, a experiência humana mostrou o desacerto de deixar todo o poder do Estado concentrado nas mãos de um só indivíduo (o monarca absoluto), de forma que o poder público no mundo ocidental, do ponto de vista orgânico, há muito observa a tripartição defendida, dentre outros, por Montesquieu, com três poderes – executivo, legislativo e judiciário – independentes e harmônicos entre si, um controlando o outro, num sistema de freios e contrapesos, de modo que nenhum deles extrapole os limites marcados pela Constituição.⁸

Porém, é certo que uma instituição incorpórea e abstrata, tal como apresentamos o Estado até aqui, não poderia prestar serviços concretos a uma população real, salvo se tal instituição se revestisse de um aparato capaz de permitir sua atuação concreta. Para tornar possível, então, o cumprimento de suas funções – assegurar o cumprimento das normas e atender a demandas da sociedade – o Estado reuniu um conjunto de recursos – humanos, financeiros, materiais e tecnológicos – por meio dos quais se mostra concreto, real.

A este conjunto de recursos de que dispõe o Estado para cumprir os seus fins denominamos Administração Pública⁹, conceito aqui tomado numa perspectiva global¹⁰.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Malheiros, 17ª ed. 2000 P. 113. Aponta o autor que o princípio da repartição dos poderes já era sugerido por Aristóteles, John Locke e Rousseau, sendo posteriormente retomado e difundido por Montesquieu. Esse princípio teve sua objetivação positiva nas constituições das ex-colônias inglesas da América e, com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos, em 17/09/1787, concretizou-se definitivamente como doutrina, sendo alçada, com a Revolução Francesa, à condição de dogma constitucional, a ponto de o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) não reconhecer como provida de constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes.

⁹ TOLOSA FILHO, Benedicto. **Direito Administrativo: Noções Fundamentais**. São Paulo: Iglu, 1999. p.39-40.

1.2 Administração Pública e Governo.

A opção pela vida em sociedade exigiu a disciplina do exercício do poder, uma vez que é razoável supor que a igualdade jurídica inerente a todos que se tornaram partes do contrato social impedia, em princípio, que a vontade de um pudesse prevalecer sobre a dos demais.

Esperava-se, por outro lado, a submissão dos interesses individuais ao coletivo, condição essencial do contrato, mas, no plano das relações interpessoais, o contrato social não afastaria as prerrogativas decorrentes da igualdade jurídica dos contratantes, o que, por sua vez, não legitimaria a existência de um monarca. Por esta ótica, é compreensível o exercício direto da democracia nas sociedades embrionárias ideais, tão bem retratadas por Platão na República.

Todavia, esse exercício contínuo e direto do poder pelos próprios membros da sociedade só é possível, como registra Norberto Bobbio “numa concepção democrática radical onde governantes e governados identificam-se ao menos idealmente numa única pessoa e o governo se resolve no autogoverno”¹¹. Isto porque a complexidade das decisões, a velocidade com que devem ser tomadas e as dificuldades naturais decorrentes do crescimento quantitativo e qualitativo das demandas tornam impraticável o exercício direto como regra.

De resto, o que se tem então é que esse exercício direto, embora não inteiramente abolido, configura exceção, onde a regra é o seu oposto, exercício indireto, por

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 24.ed, 1999. p. 59. Leciona o autor que “Numa visão global, a Administração Pública é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”. Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (“Direito Administrativo”, São Paulo, Atlas, 15. ed, 2003, p.58/59) propõe a divisão desse conceito global (a que ela denomina Administração Pública em sentido estrito) em dois objetos, quais sejam, o sentido subjetivo, que compreende o aparato material propriamente dito e o sentido objetivo, que consiste na atividade desenvolvida pelo aparelho do Estado. Nesse aspecto, nosso conceito considera aquele sentido subjetivo, proposto pela autora.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. Para uma Teoria Geral da Política. São Paulo: Paz e Terra, 10 ed, 2003, p.63.

meio de representantes da vontade coletiva, previamente escolhidos em cada sociedade segundo critérios diversos. Eis porque, no Brasil, a Carta Magna consigna, no parágrafo único do artigo 1º, que o exercício do poder se faça, essencialmente, por meio de representantes eleitos e, nos casos – excepcionais e constitucionalmente previstos – pelo exercício direto.

Assim demonstrada a impossibilidade fática do pleno exercício do poder pelos próprios integrantes de uma dada sociedade, mormente as hodiernas, segue-se que, por meios e critérios distintos, alguns de seus membros são escolhidos para, em nome da coletividade, decidir os rumos do Estado.

É a este grupo de pessoas, legitimado para decidir em nome de todos, que se denomina Governo.

Logo, os conceitos de Estado, Governo e Administração Pública não podem ser tomados como sinônimos e é a partir desta distinção que o fenômeno moralidade administrativa, enquanto princípio que obriga a atuação da Administração Pública (e, paradoxalmente, não do Governo ou do Estado, segundo disposto no art. 37 da nossa Constituição) pode ser compreendido, ainda que, muitas vezes, a sua percepção não possa ser inteiramente dissociada, até porque a Administração é, como se demonstrará, mera executora das decisões de Governo, especialmente nos países de cultura latina, como é o caso da República Federativa do Brasil.

1.3 Administração Pública e Função Administrativa.

Defende a doutrina majoritária que a atuação da Administração Pública desdobra-se em três funções, ou atividades: a Legislativa (que consiste na atividade de produção da norma jurídica), a Judiciária (consistente na aplicação das normas aos casos concretos para realizar a função estatal de resolver e/ou suprimir conflitos) e a atividade

residual, ou atividade administrativa, determinada pela exclusão das duas primeiras e que reúne a maior parte das atividades efetivamente desempenhadas pelo aparelho estatal.¹²

Para o objeto de nosso estudo, importa a função administrativa.

A respeito dessa função, Lúcia Vale Figueiredo considera que as muitas divergências entre os autores quanto ao conceito é muito mais de ordem semântica do que propriamente de conteúdo¹³. Apresenta os conceitos de administrativistas europeus (Renato Alessi, Guido Zanolini, Otto Mayer, Marcello Caetano e Afonso Rodrigues Queiró), argentinos (Agustín Gordillo e Juan Carlos Cassagne) e brasileiros (Seabra Fagundes, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro) para concluir que a função administrativa não esgota a complexidade dos atos materialmente administrativos praticados pela Administração Pública. Todos eles, segundo a autora, reconhecem que existe somente a preponderância da atuação de determinados órgãos na produção de determinadas categorias de atos, convergindo para a tese de Alessi, que divide tais atividades em típicas e atípicas¹⁴.

As atividades típicas seriam aquelas originalmente associadas a cada poder (v.g. a atividade típica do Poder Legislativo seria legislar). Não obstante, podem os poderes desempenhar outras atividades como, v.g., o Congresso Nacional que, ao contratar servidores, desempenha atividade de cunho administrativo. Estas atividades, porque dissociadas das originalmente afetas ao respectivo poder, são chamadas de atípicas.

¹² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 31. Diz a autora que este é o conceito negativo da atividade administrativa, proposto por Agustín Gordillo.

¹³ Ibidem. p. 29-69.

¹⁴ Outro ponto de convergência dos muitos conceitos identificados e estudados é a constante alusão a termos como interesse público, fim público, concreção de utilidade pública e outros correlatos. Tais expressões podem ser examinadas pelos enfoques pré-jurídico, meta-jurídico ou jurídico-positivo, interessando ao estudo conduzido pela autora este último, que pode ser reduzido àquilo que foi posto como tal em lei.

Celso Ribeiro Bastos¹⁵ alerta que, hodiernamente, não se pode falar em uma separação rígida destas funções uma vez que nos Estados contemporâneos cada um dos órgãos¹⁶ é obrigado a realizar atividades que, a rigor, não seriam tipicamente suas.

1.4 Administração Pública e os Princípios de Direito.

A República Federativa do Brasil, conforme dispõe o artigo primeiro de nossa Carta Magna, constitui-se em um Estado Democrático de Direito.

No dizer de Celso Ribeiro Bastos¹⁷, esse Estado resulta da incidência de dois princípios distintos, Estado Democrático e Estado de Direito que, embora não se confundam, também não podem ser percebidos de forma dissociada. Em outras palavras, e parafraseando a citação que o autor faz de Vital Moreira e Canotilho, um Estado só é democrático porque é Estado de Direito e só é de direito por ser democrático.

O conceito de Estado de Direito é fruto dos movimentos burgueses e aflora no final do século XVIII, início do século XIX, como um conceito de estado mínimo para se contrapor à monarquia absoluta então prevalente. Sua intenção é submeter não só o governante às leis novas, que privilegiavam os interesses da nova classe emergente, mas também – e principalmente – reduzir o papel do Estado à manutenção da ordem e à proteção da liberdade e da propriedade individual. A consolidação desse modelo, segundo Celso Ribeiro Bastos, se por um lado representou o fim do arbítrio, por outro abriu espaço para um quase absolutismo do contrato que suscitou, posteriormente, a necessidade de reavaliação dos fins estatais para incluir o desempenho de outras tarefas, mormente aquelas afetas à área social.

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 250.

¹⁶ Celso Bastos (*op. cit.* p.249-250 e 557-561) prefere a expressão “tripartição de funções” à clássica “tripartição de poderes” por entender que o poder é uno e pertence ao povo, embora seja, em seu nome, exercido pelo Estado, por meio de seus “órgãos”.

¹⁷ *Ibidem*. p. 245-247.

Os movimentos sociais verificados cerca de um século depois – final do século XIX e início do século XX – exigiram não só a submissão do Estado à lei (Estado de Direito), como também à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos (Estado Democrático), originando o que se tem como Estado Democrático de Direito.

Num Estado Democrático de Direito, como não poderia deixar de ser, a atuação da Administração Pública está subordinada a certos princípios de direito. Deste conceito propriamente dito e de suas inter-relações com as noções de normas e regras trataremos em capítulo específico ¹⁸. Todavia, para que se possa, desde já, lançar linhas sobre a sujeição da Administração Pública a tais princípios, adota-se, como ponto de partida, conceitos propostos por administrativistas pátrios.

Celso Ribeiro Bastos¹⁹ distingue regra, norma com todos os elementos necessários para conferir direitos subjetivos a alguém, de princípio, norma dotada de alto grau de abstração, capaz de ser aplicada em circunstâncias não previamente determinadas com o objetivo de conferir unidade e harmonia ao Direito.

Para Lúcia Valle Figueiredo²⁰, os princípios gerais de direito são normas amplas e abstratas, não obrigatoriamente expressas em lei, às quais deve respeitar qualquer ordenamento construído como Estado Democrático de Direito. Citando o português J.J. Gomes Canotilho e o espanhol García de Enterría, argumenta que o homem, para viver, precisa de certo grau de segurança para planificar e conduzir seu destino, segurança esta calcada em uma estimativa social e objetiva e não em uma “justiça do caso concreto”. Dessa necessidade decorrem, de pronto, dois princípios: o da segurança jurídica e o da confiança do

¹⁸ No capítulo 2 – “O princípio da Moralidade Administrativa” – dedica-se uma seção (2.1) à distinção doutrinária entre normas, princípios e regras.

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. Celso Bastos Editor. 2002. p. 39-41.

²⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 38.

cidadão. A segurança jurídica, por sua vez, gera outros princípios, como o da determinabilidade de leis, que se traduz na exigência de leis claras e densas, e o princípio da proteção da confiança, manifesto na exigência de leis tendencialmente estáveis. Assim, não seria válida uma norma que contrariasse princípios gerais de direito. Conclui a autora que, mesmo que não constem expressamente de lei, os princípios gerais de direito obrigam porque são inerentes ao Estado de Direito, proclamado pelo art. 1º da Constituição da República. Em consequência, tais princípios funcionam como “vetores interpretativos” especialmente na ausência de normas que os excluam.

2. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

2.1 Normas, princípios e regras.

No capítulo anterior o Estado foi apresentado como instituição criada para assegurar o cumprimento das normas. Impende, agora, examinar o que é que se deve entender por **normas** e que relação este conceito guarda com os conceitos correlatos de **princípios** e de **regras**. Para isso, serão examinados, ainda que brevemente, estes conceitos na visão de alguns jusfilósofos.

2.1.1 O conceito de norma jurídica no pensamento de Norberto Bobbio.

Norberto Bobbio²¹ defende que o conceito de norma jurídica não é unívoco, podendo ser analisado sob vários enfoques, segundo a corrente doutrinária a que se filie quem o examina. Reconhece que, embora seja legítima a abordagem da experiência jurídica pela ótica da normatização, há outras abordagens de tal experiência que consideram como elementos característicos fatos diversos das regras de conduta. Assim, aponta a existência de três correntes: a corrente institucionalista, a corrente relacionista e, por fim, a corrente normativista.

A corrente institucionalista defende a “Teoria do Direito como Instituição” e tem como expoentes, dentre outros, o francês Maurice Hauriou e o italiano Santi Romano. Para sintetizar o pensamento desta corrente, Bobbio²² se funda no pensamento de seu compatriota Santi Romano para dizer que, sob esta ótica, o conceito de direito considera três elementos fundamentais. Primeiro, a interdependência dos conceitos de direito e sociedade, no sentido de que um só é possível em razão do outro. Só há direito onde há sociedade e só há

²¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 3ed., 2005, p. 23-44.

²² Ibidem. p. 28-30.

sociedade onde há direito. Segundo, o conceito de direito pressupõe uma ordem social, ou seja, uma determinada disposição das coisas para a consecução de um fim comum e, em terceiro, é de se considerar que esta ordem imposta pelo direito é mais ampla que aquela dada pela existência, de modo que se constitui, por si só, em um ente. Em síntese, o conceito de direito, nesta teoria, é constituído por três elementos: a) a sociedade, como suporte fático da existência do direito; b) a ordem, como fim almejado por ele e c) a organização, meio necessário para realização da ordem. Destes três elementos, a organização seria o mais importante ou, no dizer de Bobbio²³ “a razão suficiente do direito, a razão pela qual o direito é aquilo que é, e sem a qual não seria o que é”, tanto que determinados grupos humanos, como uma classe social ou uma categoria de profissionais, não podem ser percebidos como instituição pois, “não tendo uma organização própria, não exprimem um direito próprio”, enquanto que outros, como uma organização criminosa, pelo simples fato de se exprimir como organização destinada a manter a ordem entre seus membros, cria o seu próprio direito.

Está aí, segundo Bobbio, o ponto fraco da tese institucionalista: é perfeitamente possível admitir que não há direito sem sociedade mas, por outro lado, é certo que nem toda sociedade é uma sociedade jurídica.

Não obstante, à teoria institucionalista reconhece o mérito de perceber o direito como um conjunto de normas mais amplo que aquele emanado do próprio Estado, pois, nela, nenhuma instituição pode ser criada sem a produção de regras, ainda que a recíproca não seja necessariamente verdadeira. Ademais, estas normas têm, quando consideradas isoladamente, pesos distintos, formando, no seu conjunto, um ordenamento, em que determinadas regras sujeitam-se a outras ditas superiores e conservam sob seu domínio normas ditas subordinadas.

²³ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 3ed., 2005, p. 30.

Para a corrente relacionista, doutrina que Bobbio classifica de “velhíssima e periodicamente recorrente”²⁴ o elemento característico da experiência jurídica é a relação intersubjetiva.

Essa doutrina, conforme expõe, sofreu severas críticas dos adeptos da corrente institucionalista, em que pese o fato de, em última análise, nascerem de um mesmo fundamento, qual seja, o de que o direito é um fenômeno social. A diferença é que para os institucionalistas o direito é considerado um produto não dos indivíduos entre si, como querem os relacionistas, mas da sociedade em seu complexo.

Entre os expoentes do relacionismo jurídico, Bobbio cita Immanuel Kant, com sua “Doutrina do Direito”, de 1797, e o jurista italiano Giorgio Del Vecchio. Do pensamento destes dois jusfilósofos, Bobbio extrai argumentos para refutar as principais críticas feitas pela escola institucionalista ao relacionismo.

Como já mencionado, o elemento característico da experiência jurídica, para os adeptos do relacionismo, é a relação jurídica, e para explicar este conceito, Bobbio²⁵ analisa a tese de seu compatriota Alessandro Levi para quem tal relação se constitui entre dois sujeitos, dos quais um é titular de uma obrigação e o outro de um direito. Essa relação é, portanto, intersubjetiva (do homem com seu semelhante), e diferente da moral (relação subjetiva, do homem consigo mesmo) ou da economia (relação objetiva, do homem com as coisas).

Para Bobbio, porém, a consideração do direito como relação intersubjetiva não afasta a consideração normativa pois, sendo, em última análise uma relação direito-dever,

²⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 3ed., 2005, p. 37.

²⁵ Ibidem, p. 40-42.

enquanto confere direito a um, impõe obrigação a outros e esta obrigação não deriva senão de uma regra, que ordena ou proíbe. Visto assim, o direito é apenas o reflexo subjetivo de uma norma imperativa, seja ela positiva ou negativa, por isso, defende que é a existência e incidência de uma norma que qualifica determinada relação como jurídica e não vice-versa. Uma relação, enquanto não regulada pelo direito é apenas uma relação de fato.

O que conclui é que a teoria normativista, que percebe o direito como norma, não é excluída pelas outras duas correntes, antes, funciona como pressuposto de validade de ambas. A seu ver, as teorias se integram, cada uma evidenciando um aspecto da experiência jurídica: “a teoria da relação, o aspecto da intersubjetividade; a da instituição, o da organização social; a normativista, o da regularidade”²⁶. Todavia, assevera que, dos três, o aspecto fundamental é sempre o aspecto normativo visto que os primeiros são condições necessárias mas a regularidade (existência e eficácia da regra) é condição necessária e suficiente.

A norma, então, poderia ser enunciada como prescrição de comportamento, permissiva ou proibitiva, emanada de uma dada sociedade organizada e destinada a assegurar – mediante sanção externa e institucionalizada²⁷ – a consecução de fins previamente definidos pela sociedade que a criou.

2.1.2 Norma jurídica, regra e princípio no pensamento de José de Oliveira Ascensão.

Considera este jusfilósofo, que a norma não é um fenômeno da natureza, de ocorrência espontânea, como a chuva ou os desastres naturais²⁸. Antes, trata-se de uma construção da mente humana. Todavia, não é construção do homem isoladamente, mas uma

²⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 3ed., 2005, p. 44.

²⁷ Ibidem. p. 160.

²⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p.11-12.

construção social, vez que a norma, enquanto prescrição de comportamento, é manifestada exteriormente, buscando criar e manter uma determinada ordem social, necessária à formação e sobrevivência da sociedade. Essa ordem, criada e mantida pelas normas, pode ser percebida em qualquer ajuntamento humano, de qualquer lugar e em qualquer tempo, mas só pode ser encontrada entre sociedades, sejam simples ou complexas, porém nunca fora delas.

Por outro lado, e enquanto fenômeno social, as normas que criam e sustentam a ordem social não são, exclusivamente, as positivadas no direito. Com efeito, José de Oliveira Ascensão lembra que “a ordem social já se apresentava com o mesmo significado antes do aparecimento da escrita, e as instituições continuam hoje a operar a sua ação, levem ou não à formulação de regras escritas”²⁹ Assim, defende o desdobramento desta ordem social em quatro aspectos: a ordem religiosa, a ordem moral, a ordem de trato social e a ordem jurídica.

A ordem religiosa é uma ordem normativa fundada nas relações com Deus. As normas que a compõem têm um carácter predominantemente intra-individual, mas com repercussão na sociedade, na medida em que ordena preceitos aos seus membros. Trata-se, também, de uma ordem instrumental, pois prepara, ou torna possível, uma ordem posterior, transcendental, “que não é deste mundo”³⁰.

A ordem moral “é uma ordem de condutas, que visa o aperfeiçoamento da pessoa, dirigindo-a para o bem”³¹. Também tem carácter intra-individual, destinando-se, no entender do autor, mais ao aperfeiçoamento do indivíduo que ao da organização social. Todavia, também nelas se pode perceber um transbordamento para a sociedade, pois a

²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p.19.

³⁰ Ibidem, p. 30.

³¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 30.

compreensão dos comportamentos sociais necessariamente pressupõe a compreensão das convicções morais individuais.

A ordem do trato social, expressão com que o autor pretende traduzir o vocábulo alemão *sitte*, é, em última análise, uma ordem ditada pelos usos e costumes, entendidos como práticas rotineiras e usuais, reiteradamente observadas e dotadas de um certo sentido de “ser devido”, já que a violação destes usos e costumes provoca reprovação social, por vezes manifestada em forma de sanções sociais difusas, como, por exemplo, a segregação do indivíduo considerado inconveniente. Com tudo isso, a principal característica desta ordem ainda é a ausência da coercibilidade, até porque, como assevera Ascensão, “não se observando estas regras, a convivência torna-se mais difícil, mas não se põe em causa a comunidade”³². O indivíduo pode, em última análise, optar por submeter-se à regra social ou assumir as consequências de sua violação.

A ordem jurídica, por sua vez, é aquela voltada para os aspectos mais importantes da convivência social. É expressa por normas jurídicas, tendentes à realização de valores como a justiça e a segurança.

As principais características desta ordem são imprescindibilidade e universalidade.

A ordem jurídica é imprescindível à formação e à manutenção da sociedade pois na sua ausência têm-se o estado de anomia, que necessariamente conduz ao caos e à desordem, impedindo a sobrevivência de qualquer sociedade. Daí, a sociedade só é possível

³² ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p.31.

enquanto sujeita à ordem jurídica – o direito – que é sempre um fenómeno social: *ubi ius, ibi societas*.

A universalidade da norma jurídica pode ser facilmente percebida, pois se verifica que qualquer ajuntamento humano constrói esta ordem, cujo fim é o bem comum. O seu propósito é ordenar os aspectos elementares da convivência humana, de modo a “criar as condições exteriores que permitam a conservação da sociedade e a realização pessoal dos seus membros³³”. Daí a máxima *ubi societas, ibi ius*. Não haveria, por isso, uma só sociedade que não tenha estabelecido tal ordem. Note-se que, contrariamente ao que defende Norberto Bobbio, para José de Oliveira Ascensão o direito está no âmago de toda e qualquer ordem social.

As normas jurídicas são o meio pelo qual a ordem jurídica se expressa. O conjunto de modos de formação e revelação das normas jurídicas é designado “fontes do direito”. As principais fontes do direito são os costumes e a Lei. Na doutrina de José de Oliveira Ascensão, a doutrina e a jurisprudência não são propriamente fontes do direito. A jurisprudência porque, em última análise, é um meio em que se forma o ambiente propício para que as verdadeiras fontes do direito criem regras³⁴ e a doutrina, em que pese colaborar poderosamente para a vida jurídica e ainda que não se possa negar a sua autoridade, guarda com a jurisprudência o mesmo carácter de meio para atuação das fontes autênticas (costumes e lei) na formação de regras³⁵

³³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p.184.

³⁴ Ibidem, p.241.

³⁵ Ibidem, p. 256-257.

O costume, enquanto fonte autêntica, é formado por dois elementos: o uso e a convicção de obrigatoriedade. Por uso se deve entender a prática social reiterada³⁶. Quanto à convicção de obrigatoriedade, apresenta-se como elemento da consciência social, na medida em que os membros de uma dada comunidade têm a consciência do dever-ser, da própria obrigatoriedade, de tal modo que sua observância não derive só da cortesia ou da rotina. Assim, é possível afirmar que o costume é a prática reiterada, com convicção de obrigatoriedade. O costume pode ser *secundum legem* (nas situações em que lei e costume coincidem por inteiro); *praeter legem* (quando o costume não contraria a lei, mas vai além dela, alcançando matéria que a própria lei não regula) ou *contra legem* (nas situações em que costume e lei estão em contradição).

A noção de lei, por sua vez, não é facilmente determinável, como bem explica o jusfilósofo em extensa parte da sua obra³⁷. Todavia, não se furta a esboçar um conceito:

Lei é um texto ou fórmula significativo de uma ou mais regras jurídicas, emanado, com observância das formas eventualmente estabelecidas, da autoridade competente para pautar critérios normativos de solução de casos concretos.

Se quisermos pressupor a noção de ato normativo, que não interessa diretamente quando se contemplam os modos de revelação de regras jurídicas, diremos simplesmente que lei é o texto ou fórmula, imposto através das formas do ato normativo, que contiver regras jurídicas.³⁸

³⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p.193.

³⁷ Ibidem, p. 206-238.

³⁸ Ibidem, p. 208.

Outro traço característico da Lei, no entender do autor, é a generalidade de sua força obrigatória³⁹: a lei, uma vez vigente, impõe-se igualmente a toda sociedade, vinculando todos que se encontrem sob mesma situação jurídica.

Das fontes do direito (costumes ou leis) derivam regras jurídicas, que são modos de expressão da ordem jurídica⁴⁰, formadas por dois elementos: a previsão e a estatuição.

Toda regra prevê um acontecimento ou estado de coisas, (de onde a previsão), que constitui aquilo que o autor designa *facti species*, conceito não muito distante do que, no direito pátrio, usualmente se designa por suporte fático, podendo incluir situações ou fatos. Nesse sentido, apenas, se pode dizer que a regra é hipotética, pois sua aplicação só se verifica quando se produz um fato que corresponda à sua própria previsão⁴¹. Logo, regras são de aplicação condicionada, todavia, sempre que seus pressupostos são verificados, tornam-se imperativas, pois estipulam conseqüências jurídicas para o caso de ocorrência fática do acontecimento previsto. Eis aí a estatuição.

Outras características apontadas pelo autor como comuns às regras são a generalidade e a abstração⁴².

A noção de generalidade contrapõe-se à idéia de individualidade. Como a norma é necessariamente típica, pressupõe uma *facti species* que é, por natureza, heterônoma, não se refere a pessoas determinadas. Eis, daí, a característica da generalidade.

³⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, 238.

⁴⁰ Ibidem, p.422.

⁴¹ Ibidem, p.425.

⁴² Ibidem, p. 428.

Quanto à abstração, por sua vez, considera o autor⁴³ que os fatos e as situações previstas de antemão pela regra não estão previamente concretizadas. São situações futuras que podem vir ou não a ocorrer. Por isso, é inerente a toda regra certo grau de incerteza quanto à concreção: cria-se a regra para fatos incertos, não previamente conhecidos. Esta é a característica da abstração, própria da regra e não encontrável no conceito de norma jurídica defendido pelo autor. Para Oliveira Ascensão⁴⁴, uma ordem emanada de autoridade competente determinando o recolhimento de todas as armas em poder dos cidadãos é norma, mas não é regra, pois se trata de situação preexistente e conhecida. Não há, portanto, abstração. Regra haveria se a determinação obrigasse que todas as armas que, doravante, viessem a ser adquiridas, fossem apresentadas à autoridade policial, pois nesta hipótese estaria presente a abstração que deve caracterizar a regra.

Enquanto a regra representa critérios de decisão de casos concretos presentes ou futuros, sendo estabelecida para vigorar *a posteriori*, a norma, no entender do autor, representa critérios materiais de apreciação e solução de casos concretos com aplicação pretérita ou presente⁴⁵, de onde concluir que a norma propriamente dita, ao contrário da regra, não é caracterizada pela abstração⁴⁶.

Quanto aos princípios de direito, Oliveira Ascensão os percebe como integrantes de uma categoria qualitativamente diversa da regra, destinada a solucionar os casos não debelados por esta. É que a regra, por ser necessariamente típica e referir-se a situações ou fatos específicos, torna-se limitada para abarcar todos os casos da vida. Daí decorrem as lacunas, algumas das quais podem ser superadas por processos analógicos.

⁴³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 428.

⁴⁴ Ibidem, p. 430-431.

⁴⁵ Ibidem, p. 368.

⁴⁶ Ibidem, p. 431.

Todavia, não se pode esperar que a integração analógica possa superar todas as lacunas. Como assevera o jurista, “sem ficção, não podemos pretender que as regras, quer expressas, quer induzidas, bastem para resolver todos os problemas”⁴⁷. Nesses casos, os princípios se apresentam como salvaguarda da preocupação da ordem jurídica de não denegar solução aos casos concretos.

Para abranger os casos que não se deixam solucionar pelas regras, os princípios devem ser concebidos como critérios formais de solução e, neste ponto, vão se diferenciar das normas, que são critérios materiais.

O problema é que “os critérios formais calam perante situações de grande importância ou perante soluções paralelamente enunciadas”⁴⁸. O exemplo, apresentado pelo próprio jurista, é inspirado na questão da segregação racial: o lema “separados mas iguais”, jargão comum entre defensores do sistema, pode satisfazer formalmente à justiça (critério formal), mas a sua essência (critério material) fere as disposições básicas do direito natural.

Por outro lado, e em que pese o problema apresentado, critérios materiais são, por natureza, limitados e esgotam-se com a analogia. Os critérios formais não. A sua maior amplitude permite que se socorra deles para solucionar as lacunas deixadas pelas regras. Assim, os princípios “não determinam diretamente condutas, mas estabelecem critérios que permitem, mediante uma valoração, disciplinar as condutas”⁴⁹.

Os princípios são, então, “grandes orientações” que percorrem a ordem jurídica e a tornam viva e que, por isso, têm a potencialidade de conduzir a novas soluções.

⁴⁷ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 368.

⁴⁸ Ibidem, p. 173.

⁴⁹ Ibidem, p. 370.

Estes princípios, conclui, “como componentes da lei, merecem o mesmo respeito e obrigatoriedade da própria lei”⁵⁰

Assim, extrai-se das lições de José de Oliveira Ascensão que os conceitos de norma, regra e princípio são distintos.

A norma é uma construção social, consistente em prescrições de comportamentos para os indivíduos que integram determinado grupo. Cria ela uma ordem social, que se desdobra em ordem religiosa, ordem moral, ordem de trato social e ordem jurídica, esta expressa por normas jurídicas, tendentes à realização de valores como a justiça e a segurança. A norma jurídica consiste em critérios materiais, limitados por natureza e que se esgotam com a analogia, destinados à apreciação e solução de casos concretos com aplicação pretérita ou presente, mas nunca futura, de onde se concluir que não é caracterizada pela abstração.

As regras, por sua vez, são modos de expressão da ordem jurídica, formadas por dois elementos: a previsão e a estatuição. Previsão porque elege acontecimentos ou estados de coisas (*facti species*) a que atribuí (estatui) efeitos jurídicos. Nesse sentido, as regras são hipotéticas e de aplicação condicionada, tornando-se imperativas sempre que seus pressupostos são verificados. Caracterizam-se, ainda, pela generalidade (não se refere a pessoas determinadas) e pela abstração (dirigida para fatos futuros e incertos, que podem ou não se tornarem reais). Esta abstração é, no entender do autor, a principal diferença entre a norma e a regra.

⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 371.

Princípios de direito são “grandes orientações”, critérios formais de solução (e não materiais, como as normas), consistentes em prescrições extremamente abstratas, integrantes de uma categoria qualitativamente diversa da regra, destinada a solucionar os casos não debelados por ela (as lacunas), permitindo à ordem jurídica não denegar solução a casos concretos.

Norma, regra e princípio não se confundem: são modos diversos de expressão da ordem jurídica. No entender de José de Oliveira Ascensão, não há, entre eles, qualquer relação gênero/espécie.

2.1.3 A tripartição normativa proposta por Humberto Ávila.

Humberto Bergmann Ávila⁵¹ é frequente referência da doutrina nacional quando se trata da teoria dos princípios jurídicos, quer pela profundidade com que examina o tema, quer pela inovação na abordagem, notadamente por se propor a romper com a bipartição princípio/regra, nota comum no tratamento da questão.

Embora não se preocupe tanto em estabelecer expressamente um conceito para normas⁵², o autor admite que os princípios e as regras são duas das três espécies em que o gênero pode ser dividido.⁵³

Algumas teses defendidas pelo autor merecem destaque, porque úteis ao propósito do presente trabalho.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004

⁵² “Este trabalho procura, pois, contribuir para uma melhor definição e aplicação dos princípios e das regras. Sua finalidade é clara: manter a distinção entre princípios e regras, mas estruturá-la sob fundamentos diversos dos comumente empregados pela doutrina” (ibidem, p. 17)

⁵³ Segundo Ávila, as normas podem ser divididas em princípios, regras e postulados normativos.

Inicialmente, Humberto Ávila diz que a norma jurídica não pode ser confundida com o texto da lei.⁵⁴ Primeiro porque existem normas, a exemplo do princípio da segurança jurídica e da certeza do direito que não estão expressos nos textos legais. Depois, nem todo texto legal traz em si uma norma, a exemplo do que ocorre com o preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Conclui, assim, não existir uma correspondência direta entre texto e norma.⁵⁵

Diz ainda o autor que a norma não resulta dos textos em si, mas de uma construção derivada da interpretação sistemática que o intérprete faz deles⁵⁶ ou, em outras palavras, não é norma o que está escrito, mas o comando que se extrai ao interpretar o que foi escrito pelo legislador⁵⁷.

Vista por este prisma, a interpretação – que dá origem ao sentido da norma – é uma reconstrução, porque “interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir”⁵⁸ e, porque é reconstrução, a qualificação normativa, se regra ou se princípio, não pode ser estabelecida *a priori*. Dependerá em grande parte, “da colaboração constitutiva do intérprete”.⁵⁹

2.1.3.1 Princípios e regras.

Quanto à distinção entre princípios e regras, Humberto Ávila afirma que o exame da evolução doutrinária acerca da matéria permite identificar quatro critérios usualmente empregados para diferenciar tais conceitos.

⁵⁴ Ibidem, p. 22-23.

⁵⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004 p. 23.

⁵⁶ Ibidem, p. 22.

⁵⁷ Humberto Ávila ressalva, entretanto, que a construção de sentidos, a cargo do intérprete, não se constitui em um poder ilimitado, já que “há traços de significados mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem” (ibidem, p. 24).

⁵⁸ Ibidem, p. 25.

⁵⁹ Ibidem, p. 26.

Assim, é possível estabelecer a diferença pelo caráter hipotético-condicional, pelo modo final de aplicação, pelo relacionamento (ou conflito) normativo e pelo fundamento axiológico, muito embora todos esses critérios sejam passíveis de crítica.

A distinção pelo caráter hipotético-condicional consiste em que as regras são aplicadas ao modo “se..., então...” e, por isso, possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão. Os princípios, por sua vez, se limitam a indicar fundamentos para que o aplicador possa, em casos futuros, determinar a regra aplicável a casos concretos.

Embora Humberto Ávila reconheça a esse critério o mérito de possibilitar a verificação do “elemento frontalmente descritivo” das regras e da natureza diretiva dos princípios, diz também que é critério impreciso “na medida em que o conteúdo normativo de qualquer norma – quer regra, quer princípio – depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo mesmo de aplicação.”⁶⁰ Diz, ainda, que mesmo os princípios podem ser formulados ao modo “se..., então...” e, por isso, a formulação não pode ser tida como critério distintivo, até porque princípios podem ser formulados pelo legislador de modo hipotético.⁶¹ Por fim, demonstra ser incorreta a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, não possuem nem consequências normativas, nem hipóteses de incidência. O que ocorre, segundo o autor, não é “a ausência da prescrição de comportamentos e consequências no caso dos princípios, mas o tipo de prescrição de comportamentos e consequências, o que é algo diverso”⁶²

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004 p. 32.

⁶¹ Ibidem, p. 33.

⁶² Ibidem, p. 35.

Quanto à distinção pelo modo final de aplicação, está em que as regras são aplicadas de modo absoluto – critério tudo ou nada – enquanto os princípios comportam aplicação parcial – critério mais ou menos.

Todavia, Ávila demonstra, com fundamento em decisões judiciais, que o caráter absoluto das regras comporta temperamentos, de modo que as circunstâncias do caso concreto também podem permitir alguma ponderação que resulta, concretamente, na mitigação ou na supressão da incidência da regra.⁶³

Segundo Humberto Ávila, o modo como os princípios e as regras se relacionam nas hipóteses de conflito normativo é usualmente apontado como critério distintivo entre as espécies normativas. A diferença estaria em que a antinomia entre regras se constitui em verdadeiro conflito, só se resolvendo com a declaração de nulidade de uma delas (ou de ambas), ao passo em que a antinomia entre princípios é tão somente um conflito aparente.⁶⁴

Esse entendimento, contudo, é criticado pelo autor, sob três argumentos. Alega, inicialmente, a ocorrência de casos em que as regras entram em conflito sem que percam, por isso, a validade, hipóteses em que a antinomia se resolve por ponderação.⁶⁵ Depois, diz que o relacionamento entre regras gerais e regras excepcionais e entre princípios que se imbricam não é diferente quanto à ponderação de valores em si, mas à intensidade da apreciação que o aplicador faz, menor na primeira hipótese (entre regras) que na segunda (entre princípios).⁶⁶

⁶³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004 p. 36-42.

⁶⁴ Ibidem, p. 42-43.

⁶⁵ Ibidem, p. 44.

⁶⁶ Ibidem, p.47-48.

Por fim, lembra que a ponderação de regras é verificada “na delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas, ou de conceitos jurídico-políticos, como Estado de Direito, certeza do Direito, democracia.”⁶⁷ Conclui, daí, que a atividade de ponderação não é exclusiva dos princípios, mas inerente a qualquer norma. O tipo de ponderação que se faz é que é diverso.⁶⁸

No que diz com a distinção entre princípios e regras pelo fundamento axiológico, conclui:

“Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma”⁶⁹

Feita, então, a crítica aos critérios usualmente adotados pela doutrina dominante, Humberto Ávila propõe que a distinção entre as espécies normativas se dê pelos critérios: 1) da natureza do comportamento prescrito; 2) da natureza da justificação exigida; e 3) da medida de contribuição para a decisão.

Quanto à natureza do comportamento prescrito, diz o autor que as regras, porque descrevem condutas a serem adotadas e têm como escopo obrigações, permissões e proibições, são normas imediatamente descritivas. Os princípios, por sua vez, estabelecem um estado de coisas, ou seja, “situações qualificadas por determinadas qualidades” que, para se tornarem reais, requerem a adoção de certos comportamentos. Os princípios são, portanto,

⁶⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004 p. 48.

⁶⁸ Ibidem, p. 50.

⁶⁹ Ibidem, p. 55.

“normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação de realização de um fim juridicamente relevante”.⁷⁰

A distinção pelo critério da justificação exigida é apresentada por Humberto Ávila nos seguintes termos:

“A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação de correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.”⁷¹

Este critério, segundo o autor, enfoca a justificação necessária à aplicação da norma e, por isso, pode ser verificado *a priori*. Afasta, ainda, a diferenciação pelo modo de aplicação – tudo ou nada para as regras e mais ou menos para os princípios – que só poderia ser verificado ao final.

No que tange ao critério da medida de contribuição para a decisão, a diferença, segundo Ávila, está em que os princípios, por abrangerem apenas parcialmente os aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica. Apenas contribuem, a par de outras razões, para a tomada de decisão.

As regras, por este prisma, são normas “preliminarmente decisivas e abarcentes” que, por pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, tendem a apresentar soluções específicas para conflitos entre razões.⁷²

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004 p. 63.

⁷¹ Ibidem, p. 65.

⁷² Ibidem, p. 68.

2.1.3.2 Postulados normativos.

Para Humberto Ávila, além de princípios e regras – que promovem a realização de um estado de coisas – existem normas destinadas à disciplinar o modo como o dever de promover um estado de coisas deve ser aplicado.⁷³ Estas normas – tratadas pelo autor como metanormas ou normas de segundo grau, situam-se num nível diverso dos princípios e regras, pelo que requerem definição distinta: os postulados normativos.⁷⁴

A diferença entre princípios e postulados está em que os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, “impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção”⁷⁵. Os postulados, por sua vez, não impõem a promoção de um fim, nem prescrevem indiretamente comportamentos. Antes, “estruturam a aplicação do dever de promover um fim” e prescrevem “modos de raciocínio e argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos”⁷⁶.

No que diz com a diferença entre regras e postulados, Humberto Ávila afirma que as primeiras são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou normas atributivas de poder. Os postulados, porém, não cuidam nem de uma, nem de outra coisa, mas estruturam a aplicação das normas que descreverão comportamentos ou atribuirão poder.

⁷³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004 p. 87-88.

⁷⁴ Ibidem, p. 89.

⁷⁵ Ibidem, p. 89.

⁷⁶ Ibidem, p. 89. O autor dá, assim, uma idéia de que os postulados são moldes em que os princípios jurídicos são forjados.

Dessarte, os postulados são enunciados como “normas estruturantes da aplicação dos princípios e das regras”⁷⁷ e, como tais, verdadeiros moldes em que são forjadas as demais espécies normativas.

2.1.4 Conceito utilizado no âmbito deste trabalho.

Considerando a divergência doutrinária quanto ao tema e a necessidade de adotar uma referência conceitual, para efeitos do presente esforço toma-se norma como gênero, do qual são espécies as regras e os princípios.

De Norberto Bobbio adota-se o conceito de norma, enunciada como prescrição de comportamento, permissiva ou proibitiva, emanada de uma dada sociedade organizada e destinada a assegurar – mediante sanção externa e institucionalizada – a consecução de fins previamente definidos pela sociedade que a criou.

A distinção entre regras e princípios, tal como exposta por Humberto Ávila, é suficiente para permitir que se prossiga com o exame da moralidade administrativa – tomada enquanto princípio - sem prejuízo da colaboração de José de Oliveira Ascensão, esta tomada em parte, a saber, naquilo que não confronta com o referencial teórico inicialmente eleito pois, como já registrado, Oliveira Ascensão não reconhece qualquer relação gênero/espécie entre os conceitos de norma, regra e princípio, tidos como modos diversos de expressão da ordem jurídica.

Não obstante, os critérios que Oliveira Ascensão adota para distinguir entre regras e princípios são especialmente úteis para a compreensão do fenômeno ora estudado: o princípio da moralidade administrativa.

⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004 p. 90.

2.2 Moralidade administrativa como princípio jurídico

2.2.1 Raízes históricas.

A bibliografia pátria, pelo menos no considerável universo pesquisado, é uníssona em afirmar que, historicamente, a consagração da moralidade administrativa como princípio de direito remonta às próprias origens do Direito Administrativo enquanto disciplina autônoma.

Eurico Bitencourt Neto aponta os primeiros passos do Direito Administrativo como marco certo de nascimento da noção de moralidade administrativa no âmbito da ciência jurídica.⁷⁸

Fundado principalmente nas lições de Paulo Neves de Carvalho e António José Brandão, Bitencourt Neto recorda que o Direito Administrativo, como de resto todo o Direito Público hodierno, só teve espaço de florescimento quando, ao fim do estado absolutista, se passou a reconhecer a limitação do poder estatal, uma das muitas inovações que a Revolução Francesa introduziu no universo jurídico.

Diz que a revolução, por defender a separação de poderes e funções do Estado, o princípio da legalidade e o movimento constitucionalista, deu alento a construções jurídicas que se confundem com a própria gênese do Direito Público moderno, naquilo que, depois, se consagrou como o modelo de estado liberal, cujos principais fundamentos incluem o dogma da legalidade formal, a distinção marcante entre Estado e Sociedade, a liberdade

⁷⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 76.

como valor fundamental e a consagração da primeira geração de direitos fundamentais, civis e políticos, bem como a do princípio representativo⁷⁹.

Para o autor, a moralidade administrativa, neste contexto histórico, teria seu embrião na idéia de limitação, pela lei, do poder estatal, que o novo regime consagrou.

Diz ainda que, posteriormente, os Estados precisaram reconstruir sociedades devastadas por grandes guerras, fato que, aliado à natural evolução do capitalismo, obrigou a intervenção cada vez maior das entidades estatais nos campos econômico e social, apenas possível com a expansão dos aparatos das administrações públicas.

Se, por um lado, essa expansão ampliou o âmbito de considerações do direito público, também trouxe consigo, de outra mão, o crescimento dos pontos de conflito entre Sociedade e Estado, o que terminou por exigir a redefinição dos limites da ação administrativa, sob o prisma jurídico.

Nesse particular, Bitencourt Neto registra:

A chamada moralidade administrativa surgiu da necessidade de se encontrarem, a par da legalidade formalista, novos limites, sob o pálio do Direito, à conduta administrativa do Estado. Derivou de construções que se instalavam no Direito Privado (exercício abusivo de direitos; doutrina do não locupletamento à custa alheia; doutrina da obrigação natural), como ponto de contato entre Direito e Moral. Do abuso de direito, na esfera privada, construiu-se o desvio de poder, no âmbito de atuação do Estado, embrião do conceito de moralidade administrativa.⁸⁰

José Guilherme Giacomuzzi, em dissertação em que se propõe a examinar a origem da idéia de moralidade administrativa e o seu vínculo com o instituto do desvio de

⁷⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 77.

⁸⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 78.

poder,⁸¹ defende que a noção daquela, enquanto princípio de direito, tem origem na doutrina e jurisprudência francesas do final do século XIX e início do século XX e foi elaborada e desenvolvida a partir do instituto do desvio de poder (que o autor percebe como sinônimo de desvio de finalidade). Em consequência, a compreensão da moralidade administrativa requer incursões sobre a discricionariedade administrativa e o controle judicial da Administração Pública.

Para Giacomuzzi, a legalidade é um fato sociológico, como lembra Sérulo Correia, já que, independentemente do modelo de estruturação política, toda sociedade controla, em maior ou menor escala, o poder estatal, gerando e institucionalizando fatores sócio-éticos de pressão sobre as autoridades.

No Estado de Direito contemporâneo, o princípio da legalidade tem muitos sentidos, mas freqüentemente se associa às relações entre a Lei e a atividade administrativa, para exigir que os atos administrativos estejam fundados em uma lei prévia que os autorize ou, pelo menos, que não contrariem os comandos gerais de normas precedentes.

Diz ainda, recordando a lição de García de Enterría, que o Estado construído pela Revolução Francesa já inaugurava, no mundo ocidental, a idéia de submeter sistematicamente o poder a um controle acessível a qualquer cidadão, de modo a permitir a exigência de justificações de comportamento dos governantes em face do Direito. Isto estava em harmonia com o dogma rosseauiano de rejeição a qualquer poder pessoal: todo poder é

⁸¹ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública**. O conteúdo dogmático da Moralidade Administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002.

decorrente da lei, toda autoridade é aquela conferida por ela e só em nome da lei se pode exigir obediência⁸².

Essa supremacia da legalidade é fruto de uma vitória histórica do liberalismo sobre o autoritarismo então vigente, quando a Administração se punha, quase sempre, acima de qualquer regra jurídica ou controle jurisdicional. Nesse sentido, é de se notar que o próprio Estado Francês, organizado que foi segundo as idéias de Montesquieu, elegeu o regime de separação dos poderes e já as primeiras aplicações desta doutrina evidenciavam, em maior ou menor grau, a colaboração recíproca entre eles. Isto mostra que a independência de poderes nunca foi absoluta. Ao contrário, o que verificou, historicamente, foi uma interdependência de poderes, manifesta por meio de um complexo sistema de controle recíproco⁸³, resultando num equilíbrio já presente na doutrina de Montesquieu e que não se mostrava antitético à noção de separação de poderes. Assim, registra Giacomuzzi, a noção de separação de poderes já coexistia com o gérmen do controle do Executivo pelo Judiciário.

Em que pese tudo isso, Giacomuzzi chama a atenção para a lição de Enterría, segundo a qual a idéia de sujeitar a Administração à legalidade parecia encontrar na Revolução Francesa um óbice inesperado: a Lei de 16-24/08/1790, que proclamou a separação radical entre a Administração e a Justiça, de modo que os tribunais não poderiam, de nenhuma maneira, hostilizar a atuação dos corpos administrativos nem a dos administradores públicos quando no exercício de suas funções ou em razão delas.

Essa separação radical fez nascer, em princípio, o que Giacomuzzi chamou de isenção judicial aos atos da Administração, mas também trouxe consigo o embrião do que

⁸² GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública**. O conteúdo dogmático da Moralidade Administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002, p.40-41.

⁸³ *checks and balances* como lembra Giacomuzzi .

é hoje o contencioso administrativo francês, um “autêntico controle jurisdicional puro e simples e, por conseguinte, colocado no interesse dos cidadãos.”⁸⁴.

Estas isenções são, na verdade, aquilo que Enterría chamou de imunidades e se manifestam como resistências que a Administração opõe ao pleno controle dos seus atos, criando redutos não fiscalizáveis pelo Judiciário. Diz Enterría, citado por Giacomuzzi, que a história do Direito Administrativo é a história da redução destas imunidades⁸⁵.

Segundo Giacomuzzi, dentre tais isenções, três seriam as mais importantes: os atos discricionários, os atos políticos e os atos normativos ou regulamentos. Destas, o autor elege a primeira – atos discricionários – para focar suas considerações.

Neste campo, duas foram as reduções significativas a que o dogma da discricionariedade foi submetido. A primeira foi o reconhecimento de elementos vinculados nos atos administrativos discricionários, o que justificaria a sujeição, ainda que parcial, a controles⁸⁶. A segunda foi a criação da técnica de controle pelo instituto do desvio do poder, que parte da premissa de que a finalidade dos poderes discricionários é um elemento vinculado, à medida em que o agente, conforme defende Enterría, não pode exercer a discricionariedade senão para o cumprimento da finalidade considerada por lei, que atende ao interesse geral.

Para Giacomuzzi, é nesse contexto de redução da discricionariedade que nasce o conceito de moralidade administrativa, de onde, também, a sua vinculação à

⁸⁴ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública**. O conteúdo dogmático da Moralidade Administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 42.

⁸⁵ Ibidem, p. 42.

⁸⁶ Giacomuzzi desenvolve argumento em sentido inverso: a presença de elementos vinculados não justificaria, de forma alguma, uma abdicação total de fiscalização. (Op. Cit. p.43).

declaração de vontade ao ato jurídico administrativo e, mais importante, a relação direta com o instituto do desvio de poder.⁸⁷

2.2.2 *Conteúdo ontológico.*

Muito embora o conceito do princípio da moralidade administrativa orbite em torno de um núcleo comum, estabelecer com propriedade o seu conteúdo, seja ontológico, seja deontológico, não é tarefa fácil. Já lembrava Caio Tácito⁸⁸ que tal princípio tem “um sentido um tanto nebuloso”, enquanto Celso Ribeiro Bastos, por sua vez, admitia que “não é fácil dizer-se em que consiste este princípio da moralidade”⁸⁹.

A compreensão desse fenômeno, tradicionalmente tem sido conduzida com foco no aspecto deontológico⁹⁰, talvez em função de sua associação natural com a chamada ética da Administração.

Todavia, o presente esforço exigiu a adoção de outra diretriz, obrigando a incursão – e por vezes a segregação mesmo - do campo deontológico (o que deveria ser) para o conteúdo ontológico (o que de fato é), uma vez que o escopo deste trabalho – eficácia do princípio jurídico – associa-se muito mais a este aspecto do que àquele, dentre outras razões pelo conceito de eficácia que se adota, como adiante se demonstrará.

⁸⁷ Para a doutrina majoritária, a primeira menção à moralidade administrativa é atribuída a Maurice Hauriou, nas anotações às decisões do Conselho de Estado francês, proferidas no caso “Gommel” em 1914. Nesse sentido, veja-se, dentre outros: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 2ed, p.56.

⁸⁸ Apud GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública**. O conteúdo dogmático da Moralidade Administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 45.

⁸⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 57.

⁹⁰ Esta tendência pode ser evidenciada, dentre outros exemplos, nas conclusões de GIACOMUZZI, op. Cit. P. 308: “Interpretando as normas dos artigos 5º e 37 da Constituição Federal de 1988, distingi duas funções normativas cumpridas pelas ‘moralidades’(...) Noutra (art. 37, houve a positivação de um princípio jurídico, norma que não se pode analisar no campo ôntico, mas sim do deôntico, do axiológico e do teleológico, via procedimento interpretativo”.

Um outro cuidado – e no ponto retoma-se a concordância com o pensamento de Giacomuzzi – é não esquecer que a compreensão da eficácia/ineficácia do princípio ora estudado “...passa necessariamente pela percepção de que o problema gira, na verdade, em torno de fenômeno jurídico a ser investigado e não do nome (signo) que se lhe dá. Um problema de significante e significado, portanto.”⁹¹. Este é o norte que se adotou para seleção de fontes que subsidiaram a revisão doutrinária.

Postas assim as coisas, passa-se em revista a doutrina nacional sobre o conteúdo (onto e deontológico) do princípio da moralidade administrativa.

2.2.2.1 A contribuição de Celso Ribeiro Bastos.

Celso Ribeiro Bastos⁹² procura dissociar a idéia de moralidade administrativa do plano da intenção do agente público, pois, a seu ver, do contrário resultariam critérios que não seriam seguros para aferir, nos casos concretos, se houve ou não lesão ao princípio.

A dificuldade, como o próprio autor admite, estaria em encontrar “um espaço jurídico específico para a moralidade administrativa que já não esteja coberto pela impessoalidade e pela finalidade”, sob pena de, em não o fazendo, se ingressar no exame do mérito do ato administrativo, o que normalmente não é aceito pelo Judiciário, que não pode se permitir atuar como o que ele qualifica de “um administrador de segundo grau”⁹³.

Curioso notar que, pelo menos na bibliografia consultada, Celso Bastos não se atreve a elaborar seu próprio conceito de moralidade administrativa, limitando-se a se reportar às idéias de Maria Sylvia Zanella di Pietro e Celso A. Bandeira de Melo. Todavia,

⁹¹ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública. O conteúdo dogmático da Moralidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 44.

⁹² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p 57-67.

⁹³ Ibidem, p. 60.

ressalta a conveniência de que tal princípio fosse traduzido pelo legislador em termos que precisassem melhor os critérios “pelos quais se pudesse identificar quando se está diante de uma regra integradora da moralidade administrativa”⁹⁴. Essa redução do princípio a regras concretas pode, no dizer do autor, beneficiar tanto o agente público, em regra inclinado à observação do direito, quanto o Poder Judiciário, pois disporia de elementos eficazes para anular atos desviados sem ter que apelar para a adoção de critérios subjetivos.

2.2.2.2 A contribuição de Celso Spitzcovsky.

Celso Spitzcovsky⁹⁵ registra, preliminarmente, que a moralidade, enquanto princípio jurídico, ingressa no texto constitucional brasileiro apenas com a atual Constituição, mas o faz seguindo uma tendência há muito consagrada na jurisprudência pátria de integrar o conceito de legalidade ao Direito Administrativo. Dessa integração conceitual, conclui o autor, é que se torna possível o controle de moralidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Com efeito, Spitzcovsky, partindo das referências constitucionais ao princípio da moralidade, defende que o conteúdo ontológico deste se confunde com o do princípio da legalidade vez que, a seu ver, “a imoralidade surge como uma forma de ilegalidade”⁹⁶, até porque a prática de atos imorais sujeita o infrator às sanções previstas pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal, tais como a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo de sanções penais. Ressalta, ainda, que a incidência destas sanções se dá de forma simultânea (e não sequencial) estando regulada, no plano infraconstitucional, pela Lei n.º 8.429/92 e pelo Código Penal, no capítulo dedicado aos crimes contra a Administração. As hipóteses que

⁹⁴ Ibidem, p. 60.

⁹⁵ SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo**. São Paulo. Damásio de Jesus. 6 ed. 2004. p 40-44.

⁹⁶ Ibidem, p. 41.

tipificam a imoralidade administrativa estariam, segundo o autor, listadas nos artigos 9º (enriquecimento ilícito), 10 (prejuízo ao erário) e 11 (violação aos princípios da Administração) da Lei n.º 8.429/92, muito embora admita que esta relação apresentada pelo legislador deva ser recebida como rol meramente exemplificativo, que não exclui a possibilidade de caracterização de atos de imoralidade em outras circunstâncias, como, aliás, já foi decidido pelos tribunais superiores pátrios⁹⁷

Percebe-se que, para Celso Spitzcovsky, o conteúdo ôntico do princípio da moralidade confunde-se com o dos princípios da legalidade e da improbidade administrativa, numa relação de continência, (moralidade é conteúdo da legalidade) e identidade (imoralidade e improbidade têm o mesmo conteúdo: o que se têm como imoralidade no plano constitucional é o mesmo que o legislador traduziu como improbidade na lei n.º 8.429/92).

2.2.2.3 A contribuição de Vicente Ráo.

Embora não se debruce especificamente sobre o princípio da moralidade administrativa, Vicente Ráo⁹⁸ deixa entrever, no discurso sobre a relação entre os conceitos de moral e direito o conteúdo ôntico do primeiro, tema que, mesmo sem referências diretas ao autor, foram encontrados nos fundamentos das decisões tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, examinadas no capítulo seguinte.

Para Ráo, ainda que sejam coisas distintas, há uma estreita relação entre eles, de modo que este tende a transformar em suas as normas daquela. Moral, ensina, é a parte da filosofia prática que disciplina os deveres do homem perante Deus (moral religiosa), perante si próprio (moral individual) e perante a sociedade (moral social). Como tal,

⁹⁷ Celso Spitzcovsky cita como precedentes decisões do STF (ADIn n.º 651/TO) e STJ (ROMS n.º 1.128/PR e ROMS n.º 2.284/94).

⁹⁸ RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p.71-77

estabelece normas de conduta, normas éticas, que visam regular os atos humanos tendentes à consecução dos fins naturais do homem (bem). O desrespeito a estas normas acarreta a cominação de sanções. Moral e Direito, além do fundamento ético comum, compartilham do caráter obrigatório de suas normas (embora as respectivas sanções sejam de natureza diversa) e ambos têm por objeto os atos humanos.

Distinguem-se, porém, pelo fato de que à moral interessam os atos humanos no seu momento interno, volitivo, enquanto que ao Direito importa a exteriorização destes atos, quando se revestem de realidade física. Eis porque só importa ao direito os atos que precisam ser regulados ou protegidos para que se mantenha a comunhão social.

Ainda como traço distintivo entre direito e moral, diz Ráo que

o desrespeito à norma moral pode causar remorso (sanção individual e interna), ou a desconsideração social (sanção externa, mas de natureza simplesmente ética). Mas, a eficácia da norma jurídica é assegurada pela possibilidade de uma coerção material, praticada pela força do Estado.⁹⁹

No que importa ao escopo do presente estudo, o ponto alto do pensamento de Ráo consiste no reconhecimento de uma tendência natural de que as normas morais se transformem em normas jurídicas, até porque o Direito, diz, ao se concretizar em normas obrigatórias, deve respeitar os princípios da moral. Essa tendência é, a cada dia, mais acentuada, criando o que o autor chama de moralização do Direito. Nesse sentido, e parafraseando Georges Ripert, Ráo exemplifica mencionando a influência que regra moral exerce sobre a regra jurídica, mais evidente quando se considera:

a) a exigência de que os atos jurídicos possuam objeto lícito e não atentem contra os bons costumes;

⁹⁹ RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p.73.

b) a exigência, nos contratos, do equilíbrio entre as partes, mesmo contra a liberdade de contratação;

c) a proteção conferida pelo direito ao que age de boa-fé;

d) a proibição do exercício ilimitado do próprio direito;

e) o dever de reparar o dano injustamente causado a outrem (responsabilidade civil) e;

f) a proibição ao enriquecimento sem causa.

2.2.2.4 A contribuição de Lúcia Valle Figueiredo.

Para Lúcia Valle Figueiredo¹⁰⁰, o princípio da moralidade administrativa não pode ser dissociado do princípio constitucional da boa-fé, estando este implícito naquele. Argumenta que tais princípios estão em perfeita simbiose e que isso é facilmente perceptível dado que a Administração não pode, simultaneamente, agir de má-fé e em sintonia com a moralidade administrativa, do mesmo modo que à Administração é vedado ignorar o pedido do administrado que age de boa-fé.

Embora a autora não apresente, explicitamente, seu próprio conceito para o princípio da boa-fé, sinaliza, citando Jesús Gonzáles Perez, que as relações jurídicas da Administração com os administrados requerem a presença de valores como lealdade, honestidade e moralidade. Recorda, ainda, a lição de Sainz Moreno para quem a boa-fé da Administração consiste na confiança de que o cidadão não apenas evitará, a todo custo, ser desleal para com ela, como também, e principalmente, não a utilizará para obter, em benefício próprio, resoluções contrárias à boa-fé de outro cidadão.

¹⁰⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Quanto ao princípio da moralidade administrativa, afirma corresponder ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os *standards* comportamentais que a sociedade deseja e espera.

Para fundamentar esta tese, a autora se socorre das lições de administrativistas pátrios que abordaram o tema, como Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles. Buscando conceituar o princípio, resgata o pensamento de Hauriou, citado por Antônio Brandão, segundo o qual a existência da moralidade administrativa decorre de tudo o que, na prática, força uma opção entre o bem e o mal. No caso da Administração, em decorrência da própria função administrativa, esta escolha forçada se desdobra entre opções entre o justo e o injusto, o lícito e o ilícito, o honorável e o desonrável, o conveniente e o inconveniente e, desse modo, a idéia de moralidade administrativa é, normalmente, mais abrangente que o conceito de legalidade.

Registra ainda que Welter, citado por Antônio Brandão, alerta para o fato de que a moralidade administrativa não pode ser confundida com a moralidade comum. É que a primeira deve ser entendida como um conjunto de regras finais e disciplinares orientadas não somente pela distinção entre bem e mal, mas também pela noção ampla de administração e função administrativa.

De André Lalande, Lúcia Valle Figueiredo extrai o verbete *morale* que traduziu como “o conjunto de regras de conduta admitidas em dada época ou por um grupo de homens”¹⁰¹.

Destes conceitos é que a autora extrai o que parece ser o seu próprio: o princípio da moralidade corresponde a um conjunto de regras de conduta da administração

¹⁰¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55/56.

que, em certo ordenamento jurídico são considerados os padrões comportamentais que a sociedade deseja e espera.

Não obstante, alerta a autora que a aferição do cumprimento do princípio da moralidade administrativa requer maior atenção da sociedade porque a conduta administrativa é suportada parcialmente na discricionariedade do administrador.

Daí a razão pela qual o texto constitucional traz diretrizes para sua verificação.

Nesse sentido, os principais argumentos que lista para sustentar sua tese são:

a) a inserção, no texto constitucional, do princípio da motivação.

b) a redação do artigo 5º, inciso LXXIII, ao prever a possibilidade de interposição de ação popular para anular ato que atente contra a moralidade administrativa.

c) o artigo 70 reforça o princípio ao afirmar que a fiscalização da Administração Pública será orientada no sentido de verificação da legitimidade dos gastos e, nesse contexto, a legitimidade, como diria André Lalande, é mais que a legalidade, confundindo-se com a moralidade administrativa.

d) o fato de que a Constituição, quando se refere à economicidade, está a se referir, naturalmente, à relação custos *versus* benefícios, cuja análise necessariamente irradia a moralidade administrativa.

e) a constituição expressamente prevê formas de controle da moralidade tais como: os controles internos e externos da Administração Pública exercidos pelo Congresso

Nacional, com o apoio do Tribunal de Contas da União, o Controle Parlamentar do artigo 50 e seus parágrafos ou ainda as Comissões Parlamentares de Inquérito, previstas no artigo 58.

Para a autora, o princípio da moralidade administrativa submete o administrador público em todas as suas condutas.

Ademais, e adotando uma linha argumentativa que contraria a visão de Celso Ribeiro Bastos, para Lúcia Figueiredo “a moralidade não é mais – como se pretendia antigamente – expressão fugidia, sem que se possa precisar o conceito e controlá-la pelas formas concebidas pela Lei das leis.”¹⁰²

2.2.2.5 A contribuição de Juarez Freitas.

Muito embora o princípio da moralidade tenha um conteúdo significativamente próximo do que se atribui a outros princípios, é certo que o legislador constituinte de 1998 pretendeu conferir-lhe conteúdo autônomo, com todas as consequências jurídicas e hermenêuticas que isso representa.

Essa é a tese defendida por Juarez Freitas¹⁰³, para quem o princípio veda a adoção de condutas “eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral médio superior da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência”¹⁰⁴, ou seja, a moralidade administrativa prescreve que o administrador público trate a sociedade do mesmo modo virtuoso e honesto com que deseja ser tratado. Isso requer que os atos, contratos e procedimentos administrativos sejam rigorosa e objetivamente produzidos em consonância com os referenciais valorativos insertos na Constituição, buscando combater toda e qualquer conduta destituída de honradez e de probidade.

¹⁰² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.

¹⁰³ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 53/56.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 53.

Todavia, o autor distingue moralidade de moralismo sendo que este, segundo defende, é dotado de um conteúdo intolerante e não universalizável por definição. No mais, admite que o princípio da moralidade não só se identifica com outros princípios jurídicos, como também os reforça, colaborando para superar o que o autor chama de “dicotomia rígida entre Direito e Moral”¹⁰⁵.

Embora reconheça que a moralidade administrativa, enquanto princípio, tenha inúmeros desdobramentos, Juarez Freitas considera que são mais evidentes os seguintes:

a) Como se trata de preceito constitucional, a Administração Pública (no sentido mais amplo do termo), não pode, nem ativa, nem passivamente¹⁰⁶, infligir danos morais.

b) Como todo cidadão pode propor ação popular visando anular ato lesivo à moralidade administrativa, têm-se que o princípio goza de proteção autônoma.

c) O reconhecimento da moralidade como princípio traz consigo a adoção de sub-princípios, como o da probidade administrativa, que já encontra normatização concretizadora no plano infraconstitucional, com a Lei n.º 8.429/92.

d) O princípio da moralidade é mais que um conjunto de regras deontológicas extraídas da disciplina interna da Administração. Seu conteúdo está associado aos padrões éticos de uma determinada sociedade, que não admitem a generalização de condutas que coloquem em risco os liames sociais aceitáveis (justificáveis axiologicamente).

¹⁰⁵ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 54.

¹⁰⁶ Ao empregar os termos “ativa” ou “passivamente”, Juarez Freitas parece querer se referir à ação ou omissão da Administração Pública em sede de responsabilidade por danos morais.

Com isso, Juarez Freitas conclui que esta autonomia jurídica conferida ao princípio da moralidade administrativa contribui para estimular e aprimorar o controle principiológico das ações da Administração Pública.

2.2.2.6 Outros autores.

Kele Bahena defende que o Princípio da Moralidade, mormente após a consagração no texto constitucional de 1988, tem significado próprio, que não se confunde com os demais princípios de observância compulsória consagrados no artigo 37 da Carta Maior. Diz, mais, que este princípio é ...

... vetor informador dos demais princípios, não podendo ser tido como mero integrante do princípio da legalidade, nem sua abrangência fica adstrita ao ato administrativo, podendo incidir sobre atos legislativos e judiciais, e até mesmo entre os particulares quando se relacionam com a administração pública, proporcionando a impugnação de ato formalmente válido, mas moralmente viciado.¹⁰⁷

Daí deduz que os princípios da legalidade e da moralidade são inconfundíveis, até porque este também é pressuposto de validade do ato administrativo.

Depois de discorrer sobre a evolução histórica dos conceitos de moral e ética, examinando, também, as estreitas relações entre moral e direito, dedica-se ao exame do princípio da moralidade e sua relação com outros princípios administrativo-constitucionais. Conclui, a esse respeito, que o conceito de moral é indeterminado e vago e, pela própria natureza, eminentemente cambiante, variando no tempo e no espaço, guiado por critérios de ordem sociológica que também se transformam, conforme padrões de conduta ditados pela sociedade.

¹⁰⁷ BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O Princípio da Moralidade Administrativa e seu Controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá, 2004, p.51.

Isso faz com que, para interpretação do princípio da moralidade, seja indispensável a imersão em conceitos fluidos como boa-fé, justiça, honestidade etc., o que, de certo modo, pode colocar em risco a segurança jurídica quando de sua aplicação. A formulação destes conceitos abstratos, no entanto, é de todo necessária para explicar o que determinada sociedade entende e aceita como moral.

De sua monografia se pode chegar, ainda, às seguintes conclusões:

1 – O conceito de princípio é polissêmico, mas no meio jurídico tem o sentido geral de norma de conduta.

2 – Historicamente, os princípios jurídicos foram estudados por critérios distintos, que a autora chama de estágios ou fases.

2 – (a) a primeira fase seria a jusnaturalista ou “metafísica e abstrata dos princípios” em que seriam percebidos como “proposições supremas, de natureza universal e necessária, próprias da razão humana e independente de qualquer coerção.”¹⁰⁸

2 – (b) à esta tendência, seguiu-se a escola histórica ou positiva do direito, que teve em Hans Kelsen o seu teórico maior. Nesse período, os princípios deixam de ser uma base meramente diretiva, de origem anterior à lei, e passam a ser considerados criações legais tanto quanto as leis formais, destinadas, todavia, a suprir as lacunas, de modo a impedir o vazio normativo. Interessante notar que, sob esta ótica, os princípios jurídicos não derivam da razão, nem de um direito natural ou ideal, mas da própria lei.

¹⁰⁸ BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O Princípio da Moralidade Administrativa e seu Controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá, 2004, p.43.

2 – (c) a terceira fase é aquela a que se convencionou chamar pós-positivismo, e se apresenta como uma crítica às duas escolas anteriores. Aqui, a hegemonia axiológica dos princípios é acentuada e eles são convertidos, segundo Paulo Bonavides, em alicerce normativo em que se assentam os sistemas constitucionais. Os princípios continuam sendo vistos como normas, mas não de caráter complementar. Tomam, antes, o caráter de norma elementar e, como tal, origem mesmo das normas formais-legais.

3 – No que diz especificamente com a moralidade administrativa, a autora registra que a elaboração de tal princípio tem suas origens na teoria do desvio de poder¹⁰⁹, concebida para limitar o uso do poder discricionário, notadamente com relação à finalidade do ato e o juízo de conveniência e oportunidade do administrador público. A seu ver, foi por abraçar esta tendência que o constituinte brasileiro de 1988 fez constar, no texto da Carta Magna, a moralidade como princípio de observância compulsória.

4 – A atuação do princípio da moralidade se dá na conduta, quer discricionária, quer vinculada, do administrador público e é orientada por valores como a honestidade, a boa-fé, a lealdade e outros, tendendo, sempre, à realização do interesse coletivo. A boa administração pressupõe honestidade no agir e proporcionalidade da conduta.

5 – A aplicação do princípio da moralidade se verifica quando confrontados todos os elementos do ato administrativo com as regras éticas da Administração, estas, por sua vez, baseadas tanto na moral comum quanto na moral administrativa.¹¹⁰

¹⁰⁹ Nesse sentido também é o pensamento de José Guilherme Giacomuzzi.

¹¹⁰ BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O Princípio da Moralidade Administrativa e seu Controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá, 2004, p.52. Para a autora, a moral comum é delimitada no universo social, como o conjunto de valores aceitos pela maioria das pessoas. A moral administrativa, por sua vez, “atua na conduta do administrador, vinculada ou discricionária, seguindo um norte de padronagem ética, tendo como elementos, entre outros, a honestidade, a boa-fé, a lealdade etc., sempre em busca do interesse público que constitui pressuposto de validade do ato administrativo.”

6 – Decorrência da adoção do princípio da moralidade, a ordem jurídica não se satisfaz apenas com a atuação legal do agente público, requerendo dele condutas comprometidas com a noção de moralidade. Esta noção tem raiz nos mesmos valores que dão origem à idéia do *probus* e do *improbus*, daí a estreita relação entre moralidade administrativa e as sanções que punem atos de improbidade administrativa.

Paulo Magalhães da Costa Coelho¹¹¹ identifica este princípio com os deveres de probidade do administrador e de boa conduta da Administração Pública, que não guardam uma relação necessária com a moral social de uma determinada época, ou com princípios morais pessoais e religiosos. Diz que este princípio se põe além da legalidade, pois exige do gestor público mais do que o simples cumprimento da lei, impondo-lhe a observância de comportamento exemplar, com adoção de condutas que, mais do que simplesmente fazer cumprir a lei, guardem coerência entre os atos praticados e os valores implícitos na norma positiva.

2.3 O princípio da moralidade administrativa no direito positivo brasileiro.

2.3.1 Moralidade administrativa na Constituição Federal.

Benedicto de Tolosa Filho, na introdução de acurado estudo sobre a Lei de Improbidade¹¹², registra que a preocupação de impor limites éticos à atuação do administrador público é antiga e comum a todas as sociedades organizadas como Estado. Este, por sua vez, deve assegurar aos cidadãos que, no desempenho de suas ações, dispensará igualdade de tratamento e respeito às regras estabelecidas.

¹¹¹ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 28.

¹¹² TOLOSA FILHO, Benedicto. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

No caso específico de um Estado Democrático de Direito, o poder emana do povo e em seu nome é exercido, por meio de representantes eleitos que devem, naturalmente, prestar contas da sua administração ao mesmo povo que a legitimou.

No Brasil, iniciando pelo plano constitucional, esse dever de prestar contas – uma espécie de autotutela exercida pelo governante, por meio dos chamados controles internos de cada poder – é distribuído, estando a autoridade pública sujeita a outros sistemas de controle externos, como é o caso do controle legislativo, exercido, nos termos do art. 71 da Constituição, com o auxílio dos Tribunais ou Conselhos de Contas. Daí, conclui Tolosa Filho que o poder dos agentes é condicionado ou limitado por “regras rígidas que lhes impõem normas éticas e coercitivas para desenvolver as atividades que lhes são acometidas”¹¹³.

Tem-se, nesse particular, que não só as regras, como também – e principalmente – os princípios de direito condicionam a discricionariedade dos agentes públicos, haja vista a observância expressa que lhes exige o artigo 37 da Carta Magna em vigor.

No que diz com o princípio da moralidade administrativa, a Constituição Brasileira de 1988 o adotou expressamente em pelo menos três artigos (artigo 5º, artigo 14 e artigo 37), cada um apontando para uma das múltiplas facetas com que o princípio pode ser estudado.

No artigo 5º, capítulo dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos, a Carta da República conferiu a qualquer cidadão a legitimidade para anular ato

¹¹³ TOLOSA FILHO, Benedicto. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 4.

lesivo à moralidade administrativa.¹¹⁴ Aponta, assim, para um instrumento que se pretende eficaz para tornar efetivo o controle de atos administrativos que atentem contra o princípio da moralidade.

No artigo 14, capítulo dedicado aos direitos políticos, cuidou-se de atribuir à lei complementar o estabelecimento de casos em que o cidadão se torna inelegível “a fim de proteger a moralidade para o exercício do mandato”.¹¹⁵

Já o artigo 37, *caput*, integrante do capítulo disciplinador da Administração Pública, impõe à Administração, dentre outros deveres, o de obediência ao princípio da moralidade administrativa. É de se registrar que a Administração a que se refere o texto constitucional deve ser tomada no seu sentido mais amplo, abarcando órgãos e entidades de todos os poderes e de todas as esferas de governo.¹¹⁶

Registre-se, também, que alguns autores percebem a probidade administrativa como um corolário lógico do princípio da moralidade.

José Afonso da Silva¹¹⁷, por exemplo, tem que a improbidade administrativa nada mais é que uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e a

¹¹⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

¹¹⁵ Constituição Federal, art. 14, § 9º.

¹¹⁶ Dispõe o *caput* do referido artigo: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”:

¹¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 17 ed. 2000. p.649.

correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem. Adotada essa tese, ao rol anterior devem ser acrescidos os artigos 15 e 85 da Carta Magna.

Ainda segundo José Afonso da Silva, não há diferença substancial entre a moralidade administrativa esparsa pelos vários artigos da Constituição. Todas se subsumem ao mesmo princípio consagrado no art. 37. Acrescenta, fundado no pensamento de Hauriou, que a moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica, consistente num conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração¹¹⁸. Assim, entende que todo ato lesivo ao patrimônio fere a moralidade administrativa, todavia, ao consagrá-la como princípio da direito, a Constituição quer que a imoralidade administrativa em si seja fundamento de nulidade do ato viciado.

O remédio constitucional para defesa do princípio da moralidade administrativa é a ação popular, conforme se verifica do disposto no art. 5º, inciso LXXIII, do texto constitucional.

José Afonso da Silva registra que, historicamente, a ação popular dependia de dois requisitos, quais sejam: a) a lesividade e b) a ilegalidade do ato. Acrescenta, contudo, que a Constituição Brasileira de 1988, ao ampliar o âmbito da ação popular, acabou por construir uma tendência de se erigir a lesão, em si, à condição de motivo independente de nulidade do ato. Do contrário, afirma, se exigida sempre a ilegalidade do ato, a moralidade, enquanto princípio, restaria esvaziada.

Um outro aspecto discorrido por José Afonso da Silva diz com a separação dos conceitos de legalidade e moralidade. A lei, diz o autor, pode ser cumprida moralmente

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 17 ed. 2000. p.463.

ou imoralmente¹¹⁹. O ato legal, conclui, não é necessariamente honesto e pode ser desfeito por, pelo menos, três razões:

1 – a moralidade administrativa não é meramente subjetiva;

2 – a moralidade administrativa não é puramente formal; e;

3 – a moralidade administrativa tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração.

O pensamento de Alexandre de Moraes também parece apontar na mesma direção. Discorrendo sobre os requisitos da ação popular, o jurista bandeirante diz que a lesividade ao patrimônio público, requisito objetivo indispensável, pode se dar tanto por ilegalidade quanto por imoralidade.¹²⁰

2.3.2 Moralidade administrativa na legislação ordinária.

Embora seja comum a referência ao princípio da legalidade como freio às ações do agente público, é cada vez mais evidente, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, a relevância atribuída ao princípio da legalidade como condicionador e limitador do agir das autoridades constituídas.

Afinal, como registra Tolosa Filho¹²¹, a mesma sociedade que confere poder aos agentes é que lhes impõe regras de conduta, com sanções de ordem administrativa, civil e penal, punindo aos que, por ação ou omissão, causem prejuízo ao erário, se enriqueçam

¹¹⁹ Ibidem. p.468.

¹²⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 437.

¹²¹ TOLOSA FILHO, Benedicto. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p.4.

ilicitamente ou mesmo sem causar prejuízo, se desviam da conduta ética consagrada pelo senso comum.

No direito positivo brasileiro, essa preocupação da sociedade em controlar os atos de gestão e demais atos dos agentes públicos têm se manifestado de várias formas.

Uma forma comum está em tipificar como crime certas condutas. Exemplos disto podem ser encontrados não só no Código Penal como em normas de Direito Administrativo como, *v.g.*, o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 8.666/93)¹²².

Nesta seara, as condutas são tipificadas como crimes comuns (como se verifica dos artigos 312 a 326 do Código Penal¹²³); crimes licitatórios (previstos na Lei n.º 8.666/93, artigos 89 a 99¹²⁴); crimes contra as finanças públicas (decorrem da Lei de Responsabilidade Fiscal¹²⁵, mas foram tipificadas no texto do Código Penal, por acréscimo dado pela Lei n.º 10.028/2000) e crimes de responsabilidade. No que diz com estes últimos, é de se acrescentar que a lei que os define, Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950¹²⁶, prevê que tais crimes, ainda que simplesmente tentados, são sancionáveis com a perda do cargo e inabilitação por até cinco anos para o exercício de qualquer função pública. O artigo 2º desta Lei¹²⁷ prevê que a sanção será imposta pelo Senado ao Presidente da República, aos Ministros

¹²² BRASIL. **Lei n.º 8.666**, de 21.06.93. Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. DOU de 25/06/1993.

¹²³ Idem. **Decreto-Lei n.º 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. DOU de 31/12/1940.

¹²⁴ Idem. **Lei n.º 8.666**, de 21.06.93. Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. DOU de 25/06/1993.

¹²⁵ Idem. **Lei Complementar n.º 101**, de 04.05.00. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. DOU de 05.05.00.

¹²⁶ Idem. **Lei n.º 1.079**, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. DOU de 12/4/1950.

¹²⁷ “Art. 2º Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República.”

de Estado, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal e ao Procurador Geral da República. Estranhamente, a norma exclui os agentes políticos do Poder Legislativo.

No que diz com a conduta do Presidente da República, o artigo 4º da referida Lei¹²⁸, tipifica como crimes de responsabilidade, dentre outros, os atos que atentarem contra a probidade na Administração. Esta tipificação alcança, por força do artigo 13, item 2, “os atos previstos nesta lei que os Ministros assinarem com o Presidente da República ou por ordem deste praticarem”¹²⁹.

Para tornar efetiva a aplicação do princípio da moralidade administrativa, o legislador ordinário cuidou de relacionar, no artigo 9º da Lei n.º 1.079, que cuida especificamente dos crimes contra a probidade na Administração, outras regras e princípios derivados daquele, num evidente esforço de traduzir, em ações concretas e aferíveis, as condutas que possam caracterizar violação ao princípio maior. É o que se extrai do texto legal. Confira-se:

“CAPÍTULO V

DOS CRIMES CONTRA A PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO

Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração:

1 - omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo;

¹²⁸ “Art. 4º São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra:

I - A existência da União;

II - O livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados;

III - O exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - A segurança interna do país;

V - A probidade na administração;

VI - A lei orçamentária;

VII - A guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;

VIII - O cumprimento das decisões judiciais (Constituição, artigo 89).”

¹²⁹ BRASIL. **Lei n.º 1.079**, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. DOU de 12/4/1950.

2 - não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior;

3 - não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição;

4 - expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição;

5 - infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais;

6 - Usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagí-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim;

7 - proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.”¹³⁰

Como se verifica, algumas das condutas que atentam contra o princípio são postas em regras, clara e objetivamente definidas, como, por exemplo, ocorre nos itens 1, 2 ou 6.

Porém, em alguns itens como, por exemplo, os de números 4, 5 e, principalmente, o 7, as condutas são expressas em princípios derivados, com todas as dificuldades de exegese que daí resultam, inclusive imprimindo certa subjetividade interpretativa aos casos concretos.

¹³⁰ BRASIL. **Lei n.º 1.079**, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. DOU de 12/4/1950.

3. DA INEFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

3.1 Existência e validade das normas jurídicas.

A farta produção de estudos sobre existência, validade e eficácia das normas jurídicas aponta para a complexidade e importância do tema, não só para juristas e operadores do direito, mas também para filósofos, sociólogos, cientistas políticos... uma gama, enfim, de estudiosos do tema. O que se verá agora, ainda que de modo breve, é como alguns destes estudiosos – especialmente os juristas e jusfilósofos - analisam o tema.

Em linhas gerais, busca-se saber a partir de quando - e como - nasce a norma jurídica (problema de existência), em que condições pode ser tida como válida (problema da validade) e em que extensão seus efeitos podem ser verificados (problema da eficácia).

Não há, porém, consenso quanto ao emprego terminológico, nem mesmo entre juristas e jusfilósofos, quanto mais entre os muitos pensadores do fenômeno, que o examinam sob as mais variadas óticas. O que uns têm como validade, para outros é existência. Uns dizem ser efetividade aquilo que outros dizem se chamar eficácia, e por aí caminham...

Naturalmente, cada corrente tem bons e sólidos argumentos, todavia, nenhuma se mostra completamente convincente, de modo a suplantar os fundamentos das tendências contrárias, o que força a adoção de um conceito que, por tudo isso, não se mostrará imune a críticas.

Assim, estudar-se-á, ainda que brevemente, as principais linhas de pensamento dos teóricos do direito, buscando, ao fim, delimitar o referencial teórico a ser adotado, de modo a fundamentar o que se deve entender por estes termos, no presente trabalho.

Carlos Bastide Horbach¹³¹ introduz a questão nos seguintes termos:

É sabido que o mundo jurídico pode ser dividido em três planos distintos: o plano da existência, o da validade e o da eficácia, considerados progressivamente, de modo que a existência seja a base para os demais.

Os elementos do suporte fático, ao serem atingidos pela incidência da norma jurídica, ou ao serem por ela coloridos, para utilizar a expressão de Pontes de Miranda, ingressam no mundo da existência jurídica, no plano da existência, que é o plano do ser, aberto aos fatos jurídicos lícitos ou ilícitos e onde só se cogita a composição dos traços da hipótese de incidência, sem os quais nem se cogita a posterior perquirição da validade ou da eficácia.

Já no plano da validade, é feita uma investigação da correção do ato ou do negócio jurídico, concluindo-se pela sua perfeição ou pela sua invalidade, que se pode manifestar como nulidade ou como anulabilidade, relacionadas com deficiências dos elementos complementares do suporte fático no que toca ao sujeito, ao objeto e à forma do ato ou do negócio. Assim, somente pode haver validade relacionada a algo existente, o que faz da existência um pressuposto da validade, como ensina Pontes de Miranda: “Para que algo valha, é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tão-pouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos.”

Por fim, a eficácia diz com a produção dos efeitos dos atos ou dos negócios jurídicos, que passam, então, a criar situações jurídicas, as relações jurídicas, com seu conteúdo próprio, representado pelos direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções etc.

¹³¹ HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das Nulidades do Ato Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 60/61.

É de se notar que, nesse texto, o autor não cuida da existência, validade e eficácia das normas em si, mas dos atos/negócios jurídicos com base nelas produzidos.

Resta, então, saber se esses conceitos podem ser estendidos para alcançar também os princípios e regras que dão origem aos fatos jurídicos.

3.1.1 Do problema da existência da norma à existência do princípio da moralidade administrativa.

A etimologia do termo existência aponta para o latim *existere*, ou *exsistere*, que significa deixar-se ver, mostrar-se. De Plácido e Silva diz que o vocábulo, na técnica jurídica “quer significar a realidade, à maneira ou à razão de ser, segundo os princípios do próprio direito”¹³².

Coloca-se, então, uma questão preliminar: a partir de que momento se reconhece, ou se pode reconhecer, existência à norma jurídica?

A resposta deve levar em conta, naturalmente, o sistema jurídico adotado pela coletividade.

Marcos Bernardes de Mello¹³³ diz que, no tocante ao aspecto da criação da norma, o mundo ocidental conhece, basicamente, dois modelos: os sistemas de direito consuetudinário ou não escrito e os sistemas de direito legislado, ou direito escrito, a que os ingleses chamam de sistema de direito continental.

O primeiro é adotado pelos países de cultura inglesa, notadamente os Estados Unidos da América e os países do Reino Unido. Nesses países as normas geralmente

¹³² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 584.

¹³³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da Existência**. São Paulo: Saraiva. 10. Ed. 2.000. p. 3-35.

têm origem na atuação dos magistrados que, fundados nos costumes e nas tradições do povo, revelam, no dizer do autor, tais normas nas decisões de casos concretos. Uma vez assim reveladas, estas decisões se tornam precedentes judiciais que, pela reiteração, terminam por consubstanciar normas de direito positivo, determinando o comportamento social daqueles povos.¹³⁴

Na maioria dos países ocidentais vigora, porém, o sistema de direito escrito, ou legislado, em que a quase totalidade das normas é manifestada na forma de proposições abstratas, geralmente concebidas para regularem situações futuras e incertas¹³⁵: os diplomas legais, ou diplomas legislativos, cuja elaboração requer um poder próprio, a competência, além da observância de procedimentos específicos, o processo legislativo.

Importante notar que, na maioria dos casos, a competência para legislar é distribuída entre os vários órgãos do Estado que, dependendo da natureza da norma, podem atuar isoladamente, exigindo-se, em outros casos, a atuação em conjunto, em que um poder é limitado pela atuação de outro.¹³⁶ Tudo depende, como registra Mello, “de como está organizado o poder de legislar em si e quanto ao seu exercício”.¹³⁷

No caso do Brasil, o exercício da competência legislativa¹³⁸, foi disciplinado pela Constituição Federal, como se verifica, por exemplo, dos artigos 59 a 69 (do processo legislativo) e 166 (projetos das leis orçamentárias).

¹³⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da Existência**. São Paulo: Saraiva. 10. Ed. 2.000. p. 20-21.

¹³⁵ Vale notar: o sistema consuetudinário se suporta das experiências passadas para disciplinar os casos presentes e concretos, ao passo em que o sistema legislado parte das experiências contemporâneas para disciplinar situações futuras e incertas.

¹³⁶ O sistema *checks and balances*, como lembra Giacomuzzi, já apresentado no capítulo 2 desta obra.

¹³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. op. cit. p. 21.

¹³⁸ Aqui entendida como a atividade legislativa, sobre a qual se discorreu no item 1.3.

Em todo caso, deve-se ter em conta que, tanto no modelo consuetudinário quanto no legislado, o ordenamento jurídico, ou seja, o conjunto das normas vigentes, é incapaz de prover soluções para todos os fatos da vida social. Nestas hipóteses, as chamadas lacunas do direito, o vazio normativo deve ser preenchido com uma construção fundada nos costumes, nos princípios gerais do direito, da aplicação por analogia e, em alguns ordenamentos, como o brasileiro, com o emprego da equidade.¹³⁹ A consequência direta disto, como enfatiza Marcos Mello, é que não se pode pensar em modelos puros: o sistema consuetudinário emprega normas positivas e o sistema legislado aceita a aplicação dos costumes e outras normas não escritas. O que define um ou outro modelo é, assim, o predomínio – não a exclusividade – da incidência das normas fundadas ou não no processo legislativo.

Adotadas essas premissas, tendo também em conta o que se expôs ao final do capítulo anterior e, ainda, que a República Federativa do Brasil adota o modelo legislado, pode-se apontar como marco de existência do princípio da moralidade administrativa, enquanto norma no ordenamento jurídico pátrio a promulgação da Constituição Federal de 1988, que expressamente o consagrou no direito pátrio.

Trata-se, portanto, de princípio de existência relativamente novo, o que, de certa forma, contribui para a dificuldade de sua exegese.

¹³⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da Existência**. São Paulo: Saraiva. 10. Ed. 2.000. p. 24-25: “Atualmente, por força mesmo da investigação científica empregada no trato do Direito, a melhor doutrina está de acordo em afirmar a impossibilidade de que a realização do Direito no ambiente social possa prescindir da revelação de normas jurídicas que preencham os vazios deixados pela legislação. Essa atividade reveladora de normas jurídicas com a finalidade de integrar as lacunas do ordenamento jurídico não é, nem pode ser considerada, em face dos dogmas do positivismo, uma atuação legislativa. O que ocorre, na verdade, é que o intérprete (geralmente o juiz) na solução dos casos, tomando como fundamento os princípios que norteiam o sistema jurídico, extrai norma que torna específico aquele princípio. Assim, não há criação de norma nova, mas, apenas, revelação de norma que existe de modo não expreso, implícito, no sistema Jurídico.”

3.1.2 O problema da validade da norma e a “validade” do princípio da moralidade administrativa.

Se há alguma divergência entre os doutrinadores quanto ao sentido da existência da norma, no que diz com o conceito de validade a regra geral é mesmo o dissenso. Todavia, é possível encontrar elementos comuns, que permitem extrair alguns pontos de consenso e este será o foco do presente trabalho.

O termo validade, para De Plácido e Silva¹⁴⁰ vem de valia, valer, e está associado à característica que se atribui a) às coisas que se apresentam em conformidade com a lei ou b) a todo ato sem vícios que o torne nulo. Entretanto, o mesmo dicionarista, ao comentar o vocábulo valimento, imputa-lhe a origem no latim *valere*, que significa ter força, ter vigor, prevalecer, de onde significar o valor, ou validade, que se possa atribuir às coisas. Daí se pode inferir que validade tanto pode ser tomada como conformidade à lei como, num outro enfoque, conformidade ao valor.

Com efeito, a doutrina parece se posicionar em torno destes pólos, no sentido de que uns têm a validade como conformidade ao ordenamento (segmento, ao que parece, mais numeroso e evidente), enquanto outros preferem o enfoque axiológico, tomando a validade como um valor jurídico.¹⁴¹

Norberto Bobbio expressa bem o pensamento do primeiro grupo.

O jurista italiano, que se apresenta como juspositivista moderado¹⁴², diz que o direito se insere tão-somente no mundo dos fatos, fenômenos ou dados sociais e como um

¹⁴⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁴² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo. Ícone. 1995. p. 238. O mestre italiano se coloca entre os positivistas, nos seguintes termos: “Concluindo: dos três aspectos nos quais se pode distinguir o positivismo jurídico, me disponho a acolher totalmente o método; no que diz respeito à

conjunto de fatos deve ser considerado. Não como valor. Daí, defende que o jurista deve se por frente ao direito como o cientista ante o mundo natural: tem, apenas, a função de descrever o fenômeno, sem qualquer emissão de juízo de valor.

Visto assim, o direito seria avalorativo ou, nas palavras do autor, “privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor.”¹⁴³

Em outra obra¹⁴⁴, Bobbio afirma que o problema da validade da norma se limita à existência enquanto tal e, portanto, se coloca à parte de qualquer juízo de valor.

O juízo, ensina, não é de valor, mas de fato: consiste em verificar se o que se apresenta como norma é juridicamente uma norma. É, assim, uma operação empírico-racional que pode ser resumida a um procedimento em três etapas:

1 – competência: é preciso verificar, inicialmente, se a autoridade que expediu a norma estava autorizada a fazê-lo, ou, nas palavras de Bobbio, “se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para emanar normas jurídicas.”¹⁴⁵ Para isso, às vezes é necessário percorrer todo o ordenamento jurídico até chegar à norma fundamental, que no caso do Brasil seria a Constituição Federal.

2 – Vigência: reconhecida a competência da autoridade para emanar a norma, há de se verificar, no ordenamento, se norma posterior não regulou a mesma matéria

teoria, aceitarei o positivismo em sentido amplo e repelirei o positivismo em sentido estrito; no que concerne à ideologia, embora seja contrário à versão forte do positivismo ético, sou favorável, em tempos normais, à versão fraca, ou positivismo moderado”.

¹⁴³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo. Ícone. 1995. p. 131.

¹⁴⁴ Idem. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2005, p. 46/47.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 47.

de modo diverso, hipótese que caracterizaria a ab-rogação da norma anterior. No ponto, Bobbio lembra que o fato de uma norma ter sido válida num dado momento não pode significar que o será para sempre.

3 – Compatibilidade: para ser reconhecida como válida, a norma precisa se harmonizar com o ordenamento. Se existir incompatibilidade com outra norma, quer de hierarquia superior, quer de mesma hierarquia (na hipótese de se tratar de norma posterior) haverá a ab-rogação implícita, com a conseqüente exclusão da norma do ordenamento. Em todo ordenamento jurídico, diz Bobbio, vigora o princípio de que duas normas contraditórias não podem ser, ambas, válidas.

Submetido aos critérios propostos, o princípio da moralidade, pelo menos como registrado no artigo 37 da Constituição Brasileira, apresenta-se, indiscutivelmente, válido.

Anote-se que tal princípio foi promulgado pela Assembléia Constituinte de 1988, pois constava do texto original, o que atende o critério da legitimidade. Não foi revogado por nenhuma emenda constitucional posterior, o que satisfaz o quesito de vigência e, por fim, é notória a compatibilidade com o ordenamento, quer pelo esforço do legislador em lhe dar efetividade pela via da edição de normas posteriores, quer por se tratar de texto constitucional, o que lhe confere, numa visão juspositivista, o *status* de norma fundamental.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Embora não seja este o escopo desta monografia, parece ser possível aquilatar a validade dos princípios jurídicos a partir dos critérios legais de validade dos atos jurídicos, estabelecidos no art. 2º, parágrafo único, da Lei n.º 4.717, de 1965, salvo no que diz com o requisito do motivo, uma vez que os princípios jurídicos, como normas que são, se projetam para o futuro. Os demais requisitos – objeto, competência, forma e finalidade – podem funcionar como parâmetros para validação dos princípios. Posto assim, o princípio da moralidade administrativa também se mostra válido pois tem objeto (conteúdo) conforme ao ordenamento jurídico, foi promulgado por agente competente (Assembléia Constituinte), na forma regulamentar (processo legislativo) e, indiscutivelmente, atente aos ditames do interesse público.

3.2 Eficácia e ineficácia das normas jurídicas.

Na mesma linha do que se verificou com os conceitos de existência e validade das normas, também a eficácia encontra múltiplas leituras, especialmente porque parte da doutrina diferencia eficácia de efetividade, enquanto que outra parte emprega indistintamente um e outro termos. À lista ainda é possível adicionar o termo vigência, ora associado à validade, ora associado à eficácia da norma jurídica.

Segundo a clássica obra de De Plácido e Silva,¹⁴⁷ o vocábulo eficácia deriva *efficacia*, que por sua vez tem origem em *efficax*, termo empregado para indicar o que tem virtude, o que tem propriedade, o que chega ao fim. Daí, conclui que a eficácia jurídica tem origem da força jurídica ou dos efeitos que são atribuídos ao ato jurídico e, por ela, deve o ato ser “cumprido ou respeitado, segundo as determinações que nele se contém.”¹⁴⁸ O sinal evidente da eficácia jurídica, no entender do dicionarista, é a produção de efeitos concretos com validade jurídica, conceito que outros autores refutam, como se verá adiante.

Efetividade, por sua vez, é entendida como “a qualidade ou o caráter de tudo o que se mostra efetivo ou se mostra em atividade”¹⁴⁹, e tem origem no latim *effectivus*, termo empregado para designar tudo o que é concreto, real, verdadeiro ou que está produzindo seus próprios efeitos. Daí a quase identidade semântica com o termo anterior.

Quanto ao vocábulo vigência, vem do latim *vigens*, de *vigere*, que significa vigorar e, segundo De Plácido e Silva¹⁵⁰, tem o mesmo sentido de eficácia. A vigência, acrescenta, “revela a qualidade, ou o estado, do que está em vigor, do que permanece efetivo, exerce toda a sua força, ou se encontra em plena eficácia, ou efeito”.

¹⁴⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁴⁸ Ibidem. p. 509.

¹⁴⁹ Ibidem. p. 509.

¹⁵⁰ Ibidem. p. 1485.

Compreensível, pois, que estes conceitos sejam, não raras vezes, tomados como sinônimos.

Todavia, como já referido dantes, nem toda doutrina endossa essa identidade de conceitos.

Miguel Reale¹⁵¹, por exemplo, diz que vigência e eficácia não se confundem: enquanto eficácia deve ser tomada no sentido de efetiva execução da norma (a regra jurídica enquanto momento da conduta humana), vigência (ou validade formal) é uma propriedade associada ao poder de produção e reconhecimento do direito no plano normativo (abstrato). A vigência, portanto, é do mundo ideal, do dever-ser, mas a eficácia é concreta, real, verificável pela experiência.¹⁵²

Arnaldo Vasconcelos¹⁵³, por outra linha de argumentação, chega ao mesmo ponto: vigência está associada à dimensão temporal da norma, e equivale ao período que vai da existência (que se dá com a promulgação) e a produção de efeitos concretos, decorrente da efetiva observância da norma. É conceito que se esgota no âmbito da norma legal. A eficácia, por sua vez, consiste na produção de efeitos concretos e, destarte, tem um caráter evidentemente sociológico, pragmático. Eficácia e justiça estão indissociavelmente ligadas, de modo que quanto mais justa for uma norma, mais eficaz também o será. O autor tem, pois, como distintos os conceitos de vigência e eficácia.

¹⁵¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

¹⁵² Ibidem. p. 114.

¹⁵³ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5 ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior vai um pouco além, estabelecendo distinções entre vigência, vigor, eficácia e efetividade.¹⁵⁴

Tomando como exemplo o disposto no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, diz que há sutil diferença entre vigência (qualidade da norma associada ao momento de sua validade) e o vigor, este apresentado como uma qualidade da norma decorrente de sua força vinculante (poder de império) cujo efeito perceptível é a incapacidade de os sujeitos se subtraírem de seus comandos. Esta força, no entender do autor, independe da vigência ou da eficácia da norma (daí a distinção conceitual) e pode ser verificada na ultratividade de norma revogada, que fundamenta a produção retroativa de efeitos mesmo quando a norma não mais pertence ao ordenamento.¹⁵⁵

Embora admita o termo eficácia no sentido de produção de efeitos¹⁵⁶, o autor destaca a natureza dicotômica do termo: a eficácia técnica, ou eficácia propriamente dita e a eficácia social, que designa por efetividade, isto porque a produção de efeitos de qualquer norma depende, a seu ver, de certos requisitos, alguns de natureza fática (de onde a efetividade) e outros de natureza técnico-normativa (origem da eficácia técnica).

A eficácia técnica consiste em uma aptidão para a produção de efeitos concretos. Cuida-se, pois, de possibilidade jurídico-formal, mais próxima, portanto, do conceito de validade. Diz de possibilidade porque admite que a aplicabilidade, nesse contexto, pode ser maior ou menor, a depender do que o autor chama de funções eficaciais, que seriam decorrentes da natureza da norma: função de bloqueio (nas normas destinadas a coibir

¹⁵⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 197-203.

¹⁵⁵ Ferraz Júnior (op. Cit. p. 202-203) dá como exemplo, dentre outros, o caso de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal..

¹⁵⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 199.

condutas), funções de programa (nas normas destinadas a orientar ações de estado) e funções de resguardo (nas normas destinadas a proteger direitos).

Quanto à efetividade (eficácia social), o conceito sugere, a uma primeira vista, a produção de efeitos junto à sociedade, o que equivaleria à efetiva observância da norma. Contudo, não é esse o sentido empregado pelo professor paulista, que observa que a obediência à norma é um critério importante para reconhecimento da efetividade, mas não é o único. É possível, no seu entender, que uma norma seja socialmente eficaz sem nunca ser cumprida, isto porque certas normas são prescrições reclamadas ideologicamente pela sociedade, mas se fossem concretizadas terminariam por causar insuportável tumulto. Como exemplo, cita a disposição constitucional que regula o salário mínimo: a norma produz mero efeito de satisfação ideológica, na medida em que sua aplicação, embora não seja integral, gera, pela simples existência, um efeito ideológico significativo, qual seja, a sensação de que a Constituição garante um salário mínimo.

Marcos Bernardes de Mello¹⁵⁷ difere eficácia de efetividade.

Por efetividade da norma entende o seu cumprimento, em maior ou menor grau, pela comunidade a que se destina. No ponto, o próprio autor destaca que este conceito de efetividade se confunde com o que Hans Kelsen diz ser a eficácia da norma.

A eficácia, por sua vez, equivale à incidência da norma sobre o seu suporte fático e, portanto, está muito mais associada ao suporte fático do que à validade propriamente dita.¹⁵⁸ Dessarte, só se pode falar em eficácia da norma se o contexto fático nela previsto se

¹⁵⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 1ª Parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁵⁸ Ibidem. p. 17: “Se a norma existe com vigência e é válida ou, sendo inválida, ainda não teve sua nulidade decretada por quem, dentro do sistema jurídico, tenha poder para tanto, poderá ser eficaz desde que se concretizem no mundo os fatos que constituem seu suporte fático.”

materializar por completo. Na falta de um componente qualquer deste suporte fático, diz o autor que a norma continuará existindo, e terá vigência, mas não será eficaz, constituindo-se em “mera proposição referente a hipóteses”, mas sem nenhuma consequência jurídica.

Como se verifica, o conceito de eficácia compreende um vasto campo semântico que, entretanto, orbita um núcleo comum: a produção de efeitos, concretos ou meramente jurídicos, na sociedade.

Isto pode ser dito tanto da norma quanto dos atos/fatos jurídicos com base nela produzidos.

Na ausência destes efeitos tem-se a ineficácia.

3.3 Princípio da Moralidade Administrativa na Administração Pública Brasileira: a visão dos Tribunais Superiores.

Na República Federativa do Brasil cabe precipuamente ao Supremo Tribunal Federal – STF a guarda da Constituição.¹⁵⁹ Dessarte, o exame da interpretação jurisprudencial dos princípios que norteiam a atuação da Administração Pública, insculpidos no artigo 37 da Carta Constitucional deve começar pelos julgados da Suprema Corte, mas podem ser complementados pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

3.3.1 Moralidade administrativa na visão do Supremo Tribunal Federal.

De antemão é de se registrar que, passados vinte anos da promulgação da Constituição, é ainda incipiente a jurisprudência do STF sobre o tema e só em escassos julgados – relativamente recentes - se encontram debates explícitos e mais acurados sobre o princípio da moralidade administrativa.

¹⁵⁹ Constituição Federal, art. 102, *caput*.

Os debates acerca da eficácia do princípio da moralidade administrativa - de observação compulsória a teor do disposto no caput do artigo 37 da Carta Constitucional de 1988 - são mais evidentes nos julgados associados à prática do nepotismo, como, v.g., os que deram origem ao enunciado n.º 13 da Súmula Vinculante do STF, aprovada na sessão plenária de 21/08/2008¹⁶⁰.

Destes, merecem destaque a medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade n.º 12 e o Recurso extraordinário n.º 579.951/RN.

A primeira- ADC n.º 12 - foi movida pela Associação Dos Magistrados Brasileiros – AMB em face da Resolução n.º 7, de 14/11/2005, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.¹⁶¹ Esta resolução disciplinou “o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário”.

Dentre as teses desenvolvidas pela AMB estava a de que “a vedação ao nepotismo é regra constitucional que decorre do núcleo dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativas”.

O relator do processo, Ministro Carlos Britto, entendeu que quando se trata da prática do nepotismo, a violação do princípio da moralidade tem importância secundária e decorre da inobservância dos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade.¹⁶²

¹⁶⁰ Os precedentes são: ADI n.º 1521-MC, DJ de 17/3/2000; MS 23780, DJ de 3/3/2006; ADC 12-MC, DJ de 1º/9/2006; ADC 12, acórdão ainda pendente de publicação e RE 579.951, DJe de 24/10/2008.

¹⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **ADC-MC n.º 12 /DF**. Relator: Carlos Britto. Brasília, DF, 16/02/2006. DJ de 01/09/2006. p. 15.

¹⁶² No ponto, eis o que disse o relator: “É certo que todas estas práticas também podem resvalar, com maior facilidade, para a zona proibida da imoralidade administrativa (a moralidade administrativa, como se sabe, é outro dos explícitos princípios do art. 37 da CF). Mas entendo que esse descambar para o ilícito moral já é quase sempre uma consequência da deliberada inobservância dos três outros princípios citados. Por isso que

Todavia, em seu voto, o Ministro Eros Graus destacou que o princípio da moralidade administrativa “impõe-se ao caso por aplicação direta da Constituição, sem necessidade de nenhuma intermediação legislativa”.

Disse mais:

“O Direito não pode dissociar-se da Moral, isto é, de uma moral coletiva, pois ele reflete um conjunto de crenças e valores profundamente arraigados, que emanam da autoridade soberana, ou seja, o povo. Quando, em determinada sociedade, há sinais de dissociação entre esses valores comunitários e certos padrões de conduta de alguns segmentos do aparelho estatal, tem-se grave sintoma de anomalia, a requerer a intervenção da justiça constitucional como força intermediadora e corretiva”

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, também entendeu pela desnecessidade de lei em sentido formal para vedar a prática do nepotismo, pois a proibição decorreria do conjunto dos princípios que sujeitam a Administração Pública. Disse ainda que “a Constituição, ao atuar por meio de princípios, determina os fins sem indicar explicitamente os meios”.

Do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 579.951, do Rio Grande do Norte, de que foi relator o Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em sessão do Plenário da Suprema Corte aos 20 de agosto de 2008, é possível extrair outras considerações, bastantes para inferir o sentido que aquele Tribunal dá ao referido princípio.¹⁶³

A controvérsia dos autos dizia respeito à nomeação de dois agentes públicos pelo Poder Executivo do Município de Água Nova, naquele Estado. Um, irmão de um vereador, foi nomeado para o cargo de Secretário Municipal e outro, irmão do Vice-Prefeito, para o cargo comissionado de motorista da Prefeitura. O Ministério Público local ajuizou ação

deixo de atribuir a ele, em tema de nepotismo, a mesma importância que enxergo nos encarecidos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade.”

¹⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **RE n.º 579.951/RN**. Relator: Ricardo Lewandowsky. Brasília, DF, 20/08/2008. DJe 202, de 24/10/2008.

declaratória de nulidade de ato administrativo ao fundamento de que as nomeações caracterizavam a prática do nepotismo e, portanto, feriam o princípio da moralidade administrativa, de observância compulsória, a teor do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Todavia, o juízo da primeira instância se manifestou pela manutenção dos atos e, em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte entendeu não existir qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade nas nomeações. Daí, então, o recurso ao Supremo Tribunal Federal, fundado no permissivo constitucional do art. 102, inciso III, alínea ‘a’ (contrariedade a dispositivo da Constituição).

O recurso foi julgado parcialmente procedente para anular a nomeação do motorista, mantendo, por outro lado, a nomeação do Secretário Municipal, posto que o relator não vislumbrou, nesta hipótese, evidências da prática de nepotismo.

A votação foi unânime e, embora dela não tenham participado os Ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa, é possível inferir que as razões de decidir do acórdão oferecem uma idéia razoavelmente segura de como o Supremo valorou o princípio constitucional ora estudado.

O voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, também está fundado na incidência de outros princípios constitucionais, mormente os da impessoalidade e da eficiência, mas não há dúvidas que o principal esteio se assenta na violação do princípio da moralidade administrativa, por sinal, fundamento do recurso interposto pelo Ministério Público.

Esse voto expressamente consigna que os princípios constitucionais (dentre os quais o da moralidade administrativa) não são “meras recomendações de caráter moral ou ético” mas normas jurídicas de caráter prescritivo, “hierarquicamente superiores às demais e

positivamente vinculantes”. Por outro lado, registra o relator que a inobservância destes princípios sempre provoca consequências jurídicas e, por isso, são eles “sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente se necessário”. Daí, e ao contrário do que afirmara o tribunal estadual, não haveria necessidade “de norma secundária que obste formalmente essa reprovável conduta [nepotismo]”.

O Ministro Ricardo Lewandowski concluiu seu voto afirmando que “carece de plausibilidade a exegese segundo a qual o nepotismo seria permitido simplesmente porque não há lei que o proíba”.¹⁶⁴

3.3.2 Moralidade administrativa na visão do Superior Tribunal de Justiça.

Na organização do Poder Judiciário Brasileiro coube ao Superior Tribunal de Justiça o papel de uniformizador da interpretação da legislação federal infraconstitucional.¹⁶⁵

Nesse contexto, e principalmente em função das muitas normas infraconstitucionais com que o legislador brasileiro buscou dar eficácia ao princípio da moralidade administrativa, é natural que o volume de julgados fundados no tema seja consideravelmente maior que aquele observado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.¹⁶⁶ Todavia, esse maior volume de julgados não se traduz, necessariamente, em melhor qualidade dos debates.

¹⁶⁴ No ponto- e embora não mencione expressamente – a tese defendida pelo Ministro Lewandowski é harmônica às considerações apresentadas por Vicente Raó. Que registramos no capítulo anterior.

¹⁶⁵ A competência do Superior Tribunal de Justiça está prevista no artigo 105 da Constituição Federal.

¹⁶⁶ Apenas para que se possa aquilatar o volume de julgados, consulta à base de dados da jurisprudência realizada em 1º de março de 2009, com o argumento “(moralidade ou improbidade) adj administrativa” retornou a existência de 877 acórdãos e 3.897 decisões monocráticas do STJ, contra 124 acórdãos e 560 decisões monocráticas do STF.

O exame de alguns julgados permitirá inferir as linhas gerais com que o Superior Tribunal de Justiça delimita a matéria.

Em sede de licitações, por exemplo, parece estar consolidada a jurisprudência no sentido de que o princípio da moralidade administrativa é incompatível com a prática de condutas ou a expedição de atos que importem em enriquecimento ilícito da Administração.¹⁶⁷ Em múltiplos acórdãos¹⁶⁸ o STJ tem afirmado que a Administração não pode deixar de pagar por bens ou serviços já executados, ainda que irregular a contratação ou mesmo nos casos em que a contratada esteja em situação irregular junto à Fazenda Pública, ao fundamento de que ...

“As mesmas moralidade e legalidade que devem permear os atos públicos, inclusive as licitações, devem, também, vedar o enriquecimento ilícito e o locupletamento de qualquer das partes, aí se inserindo a própria Administração Pública.”¹⁶⁹

Nesses julgados entendeu o STJ que a incidência do princípio da moralidade administrativa (dentre outros) sobre o contexto em que administrações, estaduais ou municipais, em nome da legalidade, se recusam a pagar por objetos já recebidos tem o efeito contrário à pretensão do Poder Público: a contraprestação pecuniária por parte da Administração, nessa hipótese, é mesmo devida.

Mas ainda em sede de licitações e contratos encontram-se julgados em que a incidência do mesmo princípio gera efeitos favoráveis às pretensões da Administração Pública.

¹⁶⁷ Veja-se, mais uma vez, a influência da regra moral sobre a regra jurídica, que aqui desponta com a proibição do enriquecimento sem causa, conforme os ensinamentos de Vicente Ráo, mencionados no capítulo anterior.

¹⁶⁸ Nesse sentido, dentre outros: REsp n.º 468.189/SP, Relator o Ministro José Delgado, DJ de 12/05/2003; REsp n.º 408.785/RN, Relator o Ministro Franciulli Netto, DJ de 30/06/2003 e REsp n.º 730.800/DF, Relator o Ministro Franciulli Netto, DJ de 06/09/2005.

¹⁶⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. **RESP n.º 468.189/SP**, Relator: José Delgado, Brasília, DF, 18/03/2003. DJ de 12/05/2003, p. 221.

No julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 15.166/BA, de que foi relator o Ministro Castro Meira, tem-se bom exemplo.¹⁷⁰ O contexto fático pode ser assim resumido: determinada empresa, após regular procedimento administrativo, teve declarada a inidoneidade por apresentar documento falso em licitação e, em consequência, se viu proibida de contratar com o Poder Público. Assim, os sócios de tal empresa cuidaram de constituir nova pessoa jurídica, composta com o mesmo patrimônio, pessoal e instalações da anterior. Mudaram, tão-somente, a razão social e, com isso, acreditaram não existir nenhum óbice à participação da nova empresa em licitações. Com efeito, a empresa assim constituída logrou êxito em determinado certame, porém, quando da contratação, a Administração Estadual aplicou ao caso a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e se recusou a contratá-la. A prejudicada impetrou mandado de segurança, sob alegação de que o ato feria direito líquido e certo à celebração do contrato, até porque não havia amparo legal para aplicação, ao caso, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia denegou a segurança, o que abriu a possibilidade do recurso ao STJ, recurso este negado ao seguinte fundamento:

“A atuação administrativa deve pautar-se pela observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. E esses princípios, quando em conflito, devem ser interpretados de maneira a extrair-se a maior eficácia, sem permitir-se a interpretação que sacrifique por completo qualquer deles.

Se, por um lado, existe o dogma da legalidade, como garantia do administrado no controle da atuação administrativa, por outro, existem Princípios como o da Moralidade Administrativa, o da Supremacia do Interesse Público e o da indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público, que também precisam ser preservados pela Administração. Se qualquer deles estiver em conflito, exige-se do hermenêuta e do aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema normativo.

A ausência de norma específica não pode impor à Administração um atuar em desconformidade com o Princípio da Moralidade Administrativa, muito

¹⁷⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. **RMS n.º 15.166/BA**, Relator: Castro Meira, Brasília, DF, 07/08/2003. DJ de 08/09/2003, p. 262.

menos exigir-lhe o sacrifício dos interesses públicos que estão sob sua guarda. Em obediência ao Princípio da Legalidade, não pode o aplicador do direito negar eficácia aos muitos princípios que devem modelar a atuação do Poder Público.

Assim, permitir-se que uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta aos mais mezinhos princípios do Direito Administrativo, em especial ao da Moralidade Administrativa e ao da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público”.¹⁷¹

Nota-se, daí, que a incidência do princípio da moralidade sobre um dado suporte fático ora abriga as pretensões do Poder Público, ora as do interesse privado, a depender do valor que esteja em causa e de como este valor é sopesado.

Outro campo em que o STJ resolveu lides com fundamento na incidência do princípio da moralidade administrativa foi o de concursos públicos. Há vários julgados nesse sentido como, v.g., o Recurso em Mandado de Segurança n.º 16.929/MG, de que foi o relator o Ministro Gilson Dipp e o RMS n.º 18.736/MG, de que foi relator o Ministro Hamilton Carvalhido.

O suporte fático destes casos era muito semelhante: ambos cuidavam de concurso público para provimento de cargos de notários e registradores, em que a comissão examinadora efetuou alterações nos critérios de avaliação da prova de títulos quando já conhecido o resultado da prova teórica.

O STJ julgou ilegal a alteração de critérios após a apresentação dos documentos da prova de título por entender que...

“Este ato realmente afrontou os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, já que na referida data a Comissão já tinha conhecimento

¹⁷¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. **RMS n.º 15.166/BA**, Relator: Castro Meira, Brasília, DF, 07/08/2003. DJ de 08/09/2003, p. 262.

das reais possibilidades de cada candidato na prova de títulos, vindo a fazer distinções que trouxeram prejuízo aos candidatos, inclusive ao recorrente”¹⁷²

Note-se que o ato ilícito não fere, **apenas**, o princípio da moralidade administrativa, mas, **também**, o da impessoalidade, de modo que o acórdão não tem um único fundamento, característica que pode ser observada em tantos outros julgados.

Na maioria dos casos, invoca-se o princípio da moralidade administrativa apenas como argumento para reforço de tese, sem maiores preocupações com sua real eficácia. Em outras decisões, os acórdãos registram que a violação do princípio não ocorre isoladamente, de modo a permitir que a decisão tenha um único fundamento. Antes, fala-se em **violação de princípios**, dentre os quais, o da moralidade, a sugerir que apenas a violação deste não constitua suficiente fundamento para um acórdão.

Ao que se tem, o atual estágio da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não permite definir um conceito único ou um conteúdo específico para o princípio em questão, nem os exatos limites de sua incidência ou de sua eficácia. O que se observa, em síntese, é a construção casuística de conceitos e a atribuição de efeitos de maior ou menor alcance, nitidamente com o propósito de colmatar lacunas do ordenamento jurídico.

É da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“O princípio da moralidade administrativa não deve acolher posicionamentos doutrinários que limitem a sua extensão.

A razão de tão larga expressividade do princípio da moralidade no texto da Carta Magna é reflexo do constrangimento vivido pela sociedade brasileira em ser testemunha de desmandos administrativos praticados no trato da coisa pública, sem que se apresentasse, no ordenamento jurídico, qualquer perspectiva de controle eficaz e de determinação de responsabilidade.

¹⁷² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. **RMS nº 16.929/MG** Relator: Gilson Dipp. Brasília, DF, 21/03/2006, DJ de 24/04/2006, p. 412.

A eficácia e a efetividade do princípio da moralidade nos levam a proclamar que evitam a existência de administradores relapsos. Contribuem, outrossim, para conscientizar os cidadãos dos seus direitos de receberem uma boa administração estatal, repelindo, conseqüentemente, um contexto conflitivo permanente entre a administração e o povo.

Desse modo, nasce a obrigação do agente público em responder pelos seus atos, comissivos ou omissivos, causadores de dano à moralidade administrativa (o dano é a própria ofensa ao princípio).

O certo é que o ordenamento jurídico brasileiro está recebendo, com maior intensidade, diplomas legais que se preocupam em tornar efetivos os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência no trato da coisa pública. Ao lado da Lei de Improbidade Administrativa tem-se, hoje, a Lei de Responsabilidade Fiscal. Ambas exigem uma conduta do agente público toda voltada para o respeito absoluto aos direitos da cidadania, de valorização da dignidade humana e de fortalecimento do regime democrático.

É, portanto, missão da doutrina e das decisões dos Tribunais fazer com que a vontade do legislador seja alcançada, atuando de forma que seja extraído da norma o máximo de efetividade e eficácia.”¹⁷³

Tomando esse julgado como referência, a posição da Corte Superior é no sentido de que cabe primeiramente à doutrina, e depois aos Tribunais, a construção dos contornos do princípio da moralidade. A doutrina, por seu turno, sugere que tais conteúdos “não podem ser construídos sem o exame de casos em que [os princípios da motivação e da moralidade] foram aplicados ou em que deveriam ter sido aplicados, mas deixaram de ser.”¹⁷⁴

Nesse contexto, o que se desenha é um quadro análogo ao conflito negativo de competência: nem doutrina, nem a jurisprudência parecem dispostas a oferecer solução à questão de se estabelecer um conteúdo ontológico para o princípio da moralidade administrativa.

¹⁷³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. **REesp n.º 695.718/SP**, Relator: José Delgado, Brasília, DF, 16/08/2005. DJ de 12/09/2005, p. 234.

¹⁷⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004 p. 66.

CONCLUSÃO.

Embora com alguma divergência, a doutrina costuma dividir o gênero norma nas espécies princípios e regras.

Os princípios são normas de conteúdo mais ou menos abstrato, aberto, com caráter essencialmente de orientação de condutas e cujo conteúdo exige, sempre, maior esforço interpretativo. Usualmente, retratam os valores mais caros de uma determinada sociedade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 37, impõe à Administração Pública da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal a observância – compulsória, repita-se – dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Destes, o princípio da moralidade administrativa é o que se apresenta com maior grau de abstração.

Lei, doutrina e jurisprudência tem procurado delimitar o sentido e o alcance deste princípio e, assim, dotá-lo de real eficácia (tomando-se o termo no sentido da produção concreta de efeitos no “mundo do ser”) mas, malgrado todo este esforço, ainda há muito por ser feito.

Os textos da legislação pátria que positivam o princípio (ou os que a seu pretexto são publicados), pecam pela excessiva abstração. São ricos no que se convencionou chamar de conceitos jurídicos indeterminados. Regra geral, são textos rebuscados, quase

poéticos, mas de pouca ou nenhuma aplicação prática. Em síntese, normas de duvidosa eficácia.

A doutrina, além de toda divergência que lhe é peculiar, parece que só recentemente tem dedicado maior atenção ao tema dos princípios jurídicos, o que pode ser aferido pela quantidade de obras produzidas a partir da segunda metade da última década do século XX. Mesmo assim, a abordagem específica do princípio da moralidade administrativa é rara e, quase sempre, superficial.

A jurisprudência, ao seu turno, ainda é informe. Nas Cortes Superiores os debates já travados acerca da matéria produziram acórdãos dogmáticos, fundamentados, em última análise, na autoridade do órgão julgador. Tais ou quais condutas ferem o princípio da moralidade, dizem os julgadores, mas não vão muito além disso.

Por tudo isso, o conteúdo do princípio da moralidade administrativa é, ainda, um tanto nebuloso e, também por isso, de acanhada eficácia, o que, logicamente, realça sua ineficácia.

É princípio a ser estudado, debatido, desbravado. Até que se tenha mais clareza quanto ao seu conteúdo, não se pode dele esperar maior eficácia.

Enquanto isso, o conceito e a eficácia da moralidade administrativa são equiparáveis ao salário mínimo: tem previsão constitucional e, embora nunca tenha sido plenamente eficaz, oferece algum conforto social em saber que existe – e deve ser compulsoriamente observado – a teor do disposto no artigo 37, *caput*, da Carta Magna.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O Princípio da Moralidade Administrativa e seu Controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. Para uma Teoria Geral da Política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

_____. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2005.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. V.2. 10ed. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: UnB, 1997.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRASIL. **Constituição da República**. Promulgada em 05.10.88. DOU de 05.10.88.

_____. **Decreto-Lei n.º 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. DOU de 31/12/1940.

_____. **Lei nº 8.666**, de 21.06.93. Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. DOU de 25/06/1993.

_____. **Lei Complementar nº 101**, de 04.05.00. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. DOU de 05.05.00.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública**. O conteúdo dogmático da Moralidade Administrativa. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das Nulidades do Ato Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da Eficácia**. 1ª Parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo**. 6 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. **RESP n.º 468.189/SP**, Relator: José Delgado, Brasília, DF, 18/03/2003. DJ de 12/05/2003, p. 221.

_____. 1ª Turma. **RESP n.º 695.718/SP**, Relator: José Delgado, Brasília, DF, 16/08/2005. DJ de 12/09/2005, p. 234.

_____. 2ª Turma. **RMS n.º 15.166/BA**, Relator: Castro Meira, Brasília, DF, 07/08/2003. DJ de 08/09/2003, p. 262.

_____. 5ª Turma. **RMS n.º 16.929/MG** Relator: Gilson Dipp. Brasília, DF, 21/03/2006, DJ de 24/04/2006, p. 412.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **ADC-MC n.º 12 /DF**. Relator: Carlos Britto. Brasília, DF, 16/02/2006. DJ de 01/09/2006. p. 15.

_____. Tribunal Pleno. **RE n.º 579.951/RN**. Relator: Ricardo Lewandowsky. Brasília, DF, 20/08/2008. DJe 202, de 24/10/2008.

TOLOSA FILHO, Benedicto. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Direito Administrativo: Noções Fundamentais**. São Paulo: Iglu, 1999.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

WEBER, Max. Ordem Jurídica, ordem econômica, direito estatal e extra-estatal. In SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (organizadores): **Sociologia & Direito:** textos básicos para a disciplina Sociologia Jurídica. São Paulo, Pioneira Thompson Learning, São Paulo, 2001.